جـامـعـة الـشـرق الأوسـط
MIDDLE EAST UNIVERSITY

التعاقد عبر الهاتف الخلوي
"دراسة في التشريع الأردني"

Contract via cell phone
"A Study in Jordanian Legislation"

إعداد الطالب

رامي صالح الوريكات

إشراف

الدكتور منصور الصرايرة

رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

2013/2012

ب

تفويض

أنا الطالب رامي صالح الوريكات أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخ من رسالتي المعنونة بـ "التعاقد عبر الهاتف الخلوي دراسة في التشريع الأردني" للمكتبات الجامعية أو المؤسسات أو الهيئات أو الأشخاص المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: رامي صالح الوريكات
التوقيع:
التاريخ: 11/ 2 /2013

ج

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها "التعاقد عبر الهاتف الخلوي – دراسة في التشريع الأردني".

وأجيزت بتاريخ 2013/01/19م.

أعضاء لجنة المناقشة		التوقيع
الدكتور منصور الصرايرة	مشرفاً	....
الدكتور مهند ابو مغلي	عضواً و رئيسا	....
الدكتور نبيل شطناوي	عضواً خارجياً	....

شكر وتقدير

الحمد لله على ما أسبغ علينا من نعمه ظاهرةً وباطنة، فالحمد لله أولاً وآخراً، وأتقدم بالشكر ووافر الاحترام إلى مشرفي الدكتور منصور الصرايرة لتفضله بالإشراف على هذه الرسالة، فقد كان لتوجهاته السديدة، وملاحظاته القيّمة أثراً واضحاً في تصحيح مسار هذه الرسالة، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتوجه بالشكر إلى عضويْ لجنة المناقشة واللذيْن سيكون لهما الأثر الواضح في تقويم هذه الرسالة من خلال الملاحظات الموضوعية والشكلية القيّمة وإخراج الرسالة بالصورة الأجمل، وفّقهما الله وجزاهما عني كل الخير.

والشكر الموصول لجامعتي العزيزة ولكلية الحقوق ممثلة بعميدها وأعضاء الهيئتين الأكاديمية والإدارية.

الباحث

الإهداء

إلى والدي الحبيب . . . .

أطال الله في عمره

إلى والدتي الحبيبة العزيزة . . . .

أطال الله في عمرها وحفظها ورعاها

إلى زوجتي وأولادي . . .

إلى إخواني وأخواتي . . .

إلى وطني الغالي . . .

الأردن

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

قائمة المحتويات

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

التعاقد عبر الهاتف الخلوي

"دراسة في التشريع الأردني"

إعداد الطالب

رامي صالح الوريكات

إشراف الدكتور

منصور الصرايرة

الملخص باللغة العربية

تناولت هذه الدراسة موضوع التعاقد عبر الهاتف الخلوي في التشريع الأردني، وقد هدفت من وراء هذا الموضوع إلى بيان النظام القانوني الذي يحكم التعاقد عبر الهاتف الخلوي من حيث بيان مفهومه، وتمييزه عن غيره من وسائل الاتصال الإلكترونية الأخرى، وكذلك بحث التعبير عن الإرادة عبر الهاتف الخلوي وطرق ذلك التعبير، وزمان ومكان انعقاده.

لقد بحثت الدراسة أيضاً في بيان مدى قابلية القواعد العامة الواردة في القانون المدني الأردن ي للتطبيق على الإيجاب والقبول عبر الهاتف الخلوي، كما بينت حجية المكالمة الهاتفية الخلوية والرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف الخلوي في إثبات التعاقد.

كما أوضحت هذه الدراسة المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي، وكذلك القانون الواجب التطبيق على العقد المذكور.

وقد خرجت الدراسة بعدة نتائج وتوصيات، تم تضمينها في الفصل الخامس منها، ومن أهم هذه النتائج: أن هناك قصوراً تشريعياً لدى المشرّع الأردني في بعض الجوانب القانونية الناظمة للتعاقد عبر الهاتف الخلوي ومنها مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، والنص على بعض الحقوق والالتزامات الهامة مثل حق الرجوع والالتزام بالتبصير، والنص على حجية التسجيل الصوتي للمكالمة الهاتفية الخلوية في الإثبات.

وقد أوصت الدراسة المشرّع الأردني ضرورة مراعاة ومعالجة هذه المسائل في أول تعديل لقانون المعاملات الإلكترونية وقانون البينات.

Contract Via Cell Phone

"A Study in Jordanian Legislation"

By

Rami Salih Al-Wraqat

Supervisor

Dr. Mansour Al-Saraira

Abstract

This study the subject of the contract via cell phone in Jordanian legislation, the aimed from behind the subject to a statement the legal regime governing contract via cell phone, where a statement of concept, and distinguish it from other means of electronic communication, as well as the expression of will a cell phone and methods of expression, and time and venue.

The study examined also in a statement of the applicability of the general rules contained in the Jordanian Civil Code applicable to positively and acceptance via cell phone, as shown by cellular telephone call authoritative Electronic Communications sent via cell phone to prove contracting.

This study also indicated competent court disputes arising from the contract via cell phone, as well as the law applicable to the contract.

The study emerged several findings and recommendations, are included in chapter V, one of the most important of these results: that there is a drawback to legislative Jordanian legislature in some of the legal aspects governing the contract via cell phone, including the question of defining the time and venue of the Decade, the text on some important rights and obligations, such as the right of the reference and commitment, the text of the authoritative voice registration call cellular telephone in evidence.

The study recommended that Jordanian legislature need to take into account and address these issues in the First Amendment to the law on electronic transactions and the law of evidence.

الفصل الأول

مقدمة الدراسة

تمهيد

يشهد عالمنا المعاصر تطوراً تقنياً هائلاً في مجال الاتصال، ويمر فعلاً بما يسمى **بثورة تكنولوجيا الاتصالات في مختلف الميادين.**

مما لا شك فيه أن هذه الثورة التكنولوجية في الاتصال ونقل المعلومات إلكترونياً تشكل واحدة من أبرز سمات العصر الحديث، لا سيما عن طريق الهاتف الخلوي الذي يعدّ أحد إرهاصات هذه الثورة التكنولوجية.

يعد الهاتف الخلوي من أبرز وسائل الاتصال التي أصبح استخدامها يتزايد تزايداً كبيراً في معاملات الأشخاص، إذ لم يعد الهاتف الخلوي مجرد ابتكار تكنولوجي في مجال الاتصالات[1]، بل إنه أصبح وسيلة مهمة في إبرام العقود والصفقات . فالتعاقد في الماضي لم يكن يثير أي مشكلة نظراً لكون الإرادة تنقل عن طريق رسول أو بأي أسلوب تعبيري [2]، إلا أنه وبعد ظهور ما يعرف بوسائل التبادل الإلكتروني للبيانات والمعلومات [3]، فقد ظهر التعاقد الإلكتروني الذي يعد العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي صورة من صور هذا التعاقد.

---

[1] انظر: الكمشوشي، حسين، والنوبي، سعيد (2009). نظم الاتصالات اللاسلكية الخلوية للمتنقلات، دار الراتب الجامعية، بيروت، دون طبعة، ص17.

[2] داود، أحمد محمد علي (2012). أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الثقافة، عمان، ط1، الإصدار الثاني، ص24.

[3] عبد الدائم، أحمد راتب (2011). العقد الإلكتروني، مجلة جامعة حلب للبحوث القانونية، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني، ص3.

لقد انتشر التعاقد عبر الهاتف الخلوي في السنوات الأخيرة بشكل كبير، إذ يتميز الهاتف الخلوي بأنه يحقق مبدأ الاقتصاد في التعاقد[1]، إذ يتم العقد بأقصر وقت وأقل جهد وأدنى نفقات، بالرغم من المسافات الكبيرة التي قد تفصل بين الأطراف المتعاقدة. هذا فضلاً عن انتشار هذا الهاتف بين الناس الأمر الذي دفعهم إلى استعماله لقضاء احتياجاتهم اليومية، حيث يكاد لا يخلو أي بيت اليوم منه، لا بل يكاد يكون موجوداً لدى كل فرد من أفراد العائلة؛ يضاف لما سبق صغر حجمه ورخص ثمنه في أغلب الاحوال ولاحتوائه على تقنية إرسال الرسائل بصورها المتعددة، فكل هذه الميزات لعبت دوراً في انتشار التعاقد عبر الهاتف الخلوي [2]، وأصبح وسيلة الاتصال الأكثر شيوعاً في دول العام.

مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في الإشكاليات القانونية التي يثيرها التعاقد عبر الهاتف الخلوي، ومن أبرزها التعبير عن الإرادة ومدى صلاحية الهاتف الخلوي في التعبير عن الإيجاب والقبول من خلال المكالمة الهاتفية والرسائل بمختلف أنواعها المرسلة عبره وبمختلف صورها.

هذا فضلاً عن إشكالية تتعلق بمحل العقد خصوصاً وأن محل هذا العقد غير موجود، ولا يراه المتعاقد إلاّ بعد تنفيذ العقد، ويضاف إلى ذلك زمان ومكان انعقاد العقد من خلال تقنيات الاتصال التي يتميز بها الهاتف الخلوي، وبخاصة إذا استخدمت تقنية التعاقد بالرسائل الإلكترونية، فتثور إشكالية تتعلق باللحظة التي يحدث فيها القبول أثره، وأيضاً إشكالية إ ثبات التعاقد عبر الهاتف الخلوي.

---

[1] الصرايرة، منصور (2008). التعاقد بطريق الحاسوب، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، تصدر عن جامعة مؤتة، الأردن، المجلد 23، العدد 5، ص57.

[2] جميعي، عبد الباسط (2008). إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، ص20، الهامش (1).

أسئلة الدراسة

تطرح هذه الدراسة عدة تساؤلات تتمثل بالآتي:

1. ما حكم التعاقد بالهاتف الخلوي، وما موقف المشرّع الأردني من ذلك؟
2. ما طبيعة وصورة التعاقد بمثل هذه الوسيلة الإلكترونية الحديثة؟
3. ما وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد عبر الهاتف الخلوي؟
4. ما طبيعة الإشكاليات القانونية التي يثيرها استخدام مثل هذه الوسيلة في التعاقد؟ وما الحل القانوني لها؟
5. ما الوقت الذي يحدث فيه القبول أثره في التعاقد بالهاتف الخلوي الذي يتم عبر الرسائل الإلكترونية؟ فهل يقع ذلك لحظة مغادرة الرسالة الإلكترون ية هاتف القابل؟ أم عند وصولها إلى صندوق الرسائل الخاص بالموجب؟ أم عند فتح الموجب للرسالة ومعرفته بفحوى مضمونها؟
6. هل يخضع التعاقد بطريق الهاتف الخلوي في مجالي الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي لنفس القواعد التي يخضع لها التعاقد التقليدي، لا سيما أن ضابط ال مكان يحتل مكانة هامة في هذين المجالين؟
7. كيف يتسنى إثبات التعاقد عبر الهاتف الخلوي؟

أهمية الدراسة

تكمن أهمية هذه الدراسة بالنظر إلى تزايد أعداد مستخدمي الهاتف الخلوي في التعاقد تلبية لاحتياجاتهم اليومية، وفي الحقيقة فإن دخول الهاتف الخلوي في مجال التعاقد كوسيلة لإبرام العقد أو كوسيلة للتعبير عن الإرادة وإيصال علم أحد المتعاقدين إلى الآخر، أثار تساؤلات قانونية عديدة، ستحاول هذه الدراسة الإجابة عنها في ضوء التشريع الأردني.

كما تبدو أهمية هذه الدراسة بوصفها تتناول إحدى الوسائل الإلكترونية في تبادل البيانات والمعلومات؛ لما تتطلبه طبيعة المعاملات لا سيما العقود منها من سرعة في إنجازها خصوصاً عندما لا يتسنى للأطراف المتعاقدة الاجتماع في مجلس عقد واحد.

هذا وتكمن أهمية الدراسة من الناحية العملية من خلال بيان أوجه القصور التشريعي التي انتابت النصوص القانونية الناظمة لمثل هذا النوع من التعاقد في التشريع الأردني، ومن ثم الخروج بنتائج وتوصيات لمعالجة أوجه هذا القصور التشريعي.

أهداف الدراسة

تهدف هذه الدراسة إلى توضيح النظام القانوني للتعاقد عبر الهاتف الخلوي في التشريع الأردني، وبخاصة الإشكاليات التي يثيرها مثل هذا ال تعاقد، ومن ثم إيجاد الحلول لهذه الإشكاليات من خلال توصيات علّها تساعد ولو بجزء بسيط في حل هذه الإشكاليات.

حدود الدراسة

الحدود الزمانية : من المؤمل أن يقوم الباحث بإعداد هذه الدراسة خلال الفصل الدراسي الأول من العام الجامعي 2013/2012.

الحدود المكانية : تقتصر هذه الحدود على التشريع الأردني وبخاصة النصوص ذات الصلة في القانون المدني رقم (43) لسنة 1976م[1]، وقانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم (85) لسنة 2001م[2]، وقانون البينات رقم (30) لسنة 1952م[3]

---

(1) منشور في الجريدة الرسمية، العدد 2645، تاريخ 1976/8/1م، ص2.

(2) منشور في الجريدة الرسمية، العدد 4524، تاريخ 2001/12/31، ص6010.

(3) منشور في الجريدة الرسمية، العدد 1108، تاريخ 1952/5/17م، ص200.

وتعديلاته، وقانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988م[1] وتعديلاته.

الحدود الموضوعية : تقتصر الحدود الموضوعية لهذه الدراسة على بيان النظام القانوني للتعاقد عبر الهاتف الخلوي، ومن ثم يخرج من هذه الحدود أي مسألة لا تتصل اتصالاً وثيقاً بهذا النظام.

محددات الدراسة

تعد هذه الدراسة إحدى الدراسات القانونية التي تبحث في صورة من صور التعاقد الإلكتروني، ومن ثم لا توجد هناك أية قيود تحد من تعميم نتائجها في الأردن، أو في باقي الدول العربية.

المصطلحات الإجرائية للدراسة

- **الهاتف الخلوي :** هو جهاز اتصال يستخدم لإجراء المكالمات الهاتفية واستقبالها وإرسال الرسائل النصية والمصورة والصوتية واستقبالها من قبل المستفيد من الخدمة التي تقدمها الشركة المرخص لها[2].
- **العقد الإلكتروني:** هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً[3].
- **تبادل البيانات الإلكترونية :** هو نقل المعلومات إلكترونياً من شخص إلى آخر باستخدام نظم معالجة المعلومات[4].

---

(1) منشور في الجريدة الرسمية، العدد 3545، تاريخ 1988/4/2م، ص735.

(2) Alain, Benahent (1999). Internet et le droit, Aspects juridiques da commerce electronique, p. 52.

(3) انظر: نص المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

(4) انظر: نص المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

- **مجلس العقد :** مصطلح شرعي يعني في أصل نشأته اجتماع المتعاقدين في مكان واحد كونهما منصرفين إلى التعاقد، ويبقيان فيه لا يشغلهما عنه شاغل بحيث يصل التعبير الذي يصدر من أحدهما إلى علم الآخر فور صدوره دون مضي أية فترة زمنية[1].
- **الرضا:** هو العزم على إتمام التصرف القانوني من شخص يعقل التصرف الذي يقوم به ويقصده[2].
- **الإرادة:** أمر نفسير ينعقد به عزم الأطراف التي تروم التعاقد على إجراء العملية القانونية محل التعاقد بقصد إحداث أثر قانوني معين[3].
- **التوقيع الإلكتروني:** هو البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتمديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه ويفرض الموافقة على مضمونه[4].

---

(1) السنهوري، عبد الرزاق (2004). مصادر الحق، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص6–7.

(2) الجمال، مصطفى (2008). القانون المدني في ثوبه الإسلامي – مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ط1، ص62.

(3) عبد الرحمن، حمدي (1999). الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول – مصادر الالتزام، العقد، الإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص139.

(4) بن سعيد، لزهر (2012). النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ط1، ص53.

الإطار النظري للدراسة

لقد ظهر التعاقد عبر الهاتف الخلوي في عام 1973م، حيث أجرى (مارتن كوبر) الباحث في شركة موتورولا للاتصالات أول مكالمة هاتفية خلوية [(1)]. وقبل هذا العام لم يكن التعاقد عبر الهاتف الخلوي موجوداً لسببين؛ أولهما عدم إتاحة جزء من المدى الطيفي الترددي يسمح بحيز ترددي لكل مشترك، والثاني أنه حتى لو سمح بمثل هذا الحيز الترددي، فإن ا لأحيزة الإلكترونية التي يجب استخدامها كانت ثقيلة الوزن وباهظة التكاليف[(2)].

لقد أدى التطور المتسارع الذي حققته ثورة الاتصالات إلى ظهور التعاقد عبر الهاتف الخلوي في ميدان التجارة الإلكترونية التي تعدّ الميدان الرئيسي الذي يحيا ويكثر به إجراء مثل هذا النوع من التعاقد.

ونظراً لتنوع مواضيع التجارة الإلكترونية وتعدد المشكلات القانونية الناجمة عنها، فقد جاءت هذه الدراسة لتسلط الضوء على النظام القانوني للتعاقد عبر الهاتف الخلوي.

إن دراسة التعاقد عبر الهاتف الخلوي تتطلب الوقوف على مفهوم العقد المبرم عبر الهاتف ا لخلوي من خلال تعريفه وتمييزه عن غيره، ومن ثم لا بد من تحديد ماهية التعاقد بالهاتف الخلوي من حيث بيان مدى مشروعيته وخصائصه وتمييز العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي عن غيره من العقود المشابهة له (الفصل الثاني).

ومن ثم لا بد من البحث في الأحكام القانونية المتعل قة بإبرام العقد عن طريق الهاتف الخلوي (الفصل الثالث)، وكذلك لا بد من بيان إثبات التعاقد عبر الهاتف الخلوي والاختصاص

---

(1) Maureen Taylor (2009). Internet changing way International Business in Done, 19 at the internet, Maxwell, London, p. 29.

(2) Joulie, Anne – Hortense (1999). Commercial Transactions' on the Internet, Mcgill University, Canada published on line, p. 34.

القضائي والتشريعي بنظر المنازعات الناشئة عنه (الفصل الرابع)، وفي الفصل الخامس نثبت الخاتمة والنتائج والتوصيات.

الدراسات السابقة

– محاسنة، نسرين (2004). **انعقاد العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة**[1].

تناولت الباحثة في هذه الدراسة موضوع التعاقد الإلكتروني في ضوء قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001م، وقد بحثت في تعريف التجارة الإلكترونية وأهميتها وتعريف العقد الإلكتروني وانعقاده، ولم تتناول التعاقد بالهاتف الخلوي كصورة من صور التعاقد الإلكتروني، وهو الأمر الذي تبحث فيه الدراسة الحالية.

– المنصور، أنيس، والشرايري، قيس (2007). **الاحتجاج بالمراسلات التجارية الإلكترونية**[2].

تناول الباحثان في هذه الدراسة حجية المعاملات التجارية التي تتم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية والأحكام والإجراءات الناظمة لها في التشريع الأردني، ولم تشر إلى مسألة التعاقد بالهاتف الخلوي، وهو ما يميز الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة، إذ إن الأولى تبحث وبصفة أساسية في النظام القانوني للتعاقد عبر الهاتف الخلوي من حيث آلية انعقاده وإثباته.

– الصرايرة، منصور (2008). **التعاقد بطريق الحاسوب**[3].

---

[1] بحث منشور في مجلة دراسات الجامعة الأردنية، علوم الشريعة والقانون، المجلد 31، العدد 2.

[2] بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، المجلد 22، العدد 2.

[3] بحث منشور في مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، المجلد 23، العدد 5.

تناول الباحث في هذه الدراسة الجوانب القانونية الناظمة للتعاقد بطريق الحاسوب في ضوء القانون المدني الأردني وقانون المعاملات الإلكترونية، إلا أن هذه الدراسة لم تبحث في التعاقد بطريق الهاتف الخلوي، وهو الأمر الذي تبحث فيه الدراسة الحالية.

- الصرايرة، منصور (2009). **الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية – دراسة في التشريع الأردني**[1].

تناول الباحث في هذه الدراسة الجوانب القانونية الموضوعية والإجرائية الناظمة للعقد الإلكتروني دون أن يتعرض لمسألة التعاقد بطريق الهاتف الخلوي، وهذا ما يميز الدراسة الحالية عن الدراسة السابقة في أن الأول تبحث في التعاقد بطريق الهاتف الخلوي من خلال بيان نظامه القانوني في التشريع الأردني.

- القضاة، فياض ملفي (2009). **الجوانب القانونية للتعاقد والدفع الإلكتروني في التجارة الإلكترونية**[2].

تناول الباحث في هذه الدراسة الأحكام القانونية الناظمة للتعاقد الإلكتروني في التشريع الأردني، ولم يتناول ضمن هذه الدراسة الجوانب القانونية الناظمة للتعاقد بالهاتف الخلوي، وهو الموضوع الذي تبحث فيه الدراسة الحالية.

- عبد الدائم، أحمد راتب (2011). **العقد الإلكتروني**[1].

---

[1] بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد 25، العدد 2.

[2] بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، تصدر عن جامعة مؤتة، المجلد 1، العدد 3.

تناول الباحث في هذه الدراسة النظام القانوني لانعقاد العقد الإلكتروني في التشريع السوري، وهذا يشكل اختلافاً جذرياً مع الدراسة الحالية، إذ أن الأخيرة تتناول التعاقد عبر الهاتف الخلوي في التشريع الأردني.

منهجية الدراسة

ستعتمد الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي؛ وذلك من خلال استعراض وتحليل النصوص القانونية ذات الصلة بموضوعها الواردة في التشريع الأردني، وكذلك تحليل آراء الفقه القانوني وأحكام القضاء الأردني – إن وجدت – بخصوص المسائل مدار البحث.

---

[1] بحث منشور في مجلة جامعة حلب للعلوم القانونية، المجلد 18، العدد 2.

الفصل الثاني

مفهوم العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي

إن دراسة مفهوم العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي تتطلب الوقوف على تعريف الهاتف الخلوي وتمييزه عما يشابهه من وسائل الاتصال الأخرى (المبحث الأول)، ومن ثم لا بد لنا من تحديد ماهية هذا العقد من خلال بيان مدى مشر وعية التعاقد في الهاتف الخلوي في التشريع الأردني ومن ثم نعرف بالعقد المبرم عبر الهاتف الخلوي من حيث بيان خصائصه وبيان صور المعاملات الإلكترونية عبر الهاتف الخلوي (المبحث الثاني)، وسأبحث هذين المبحثين تباعاً.

المبحث الأول

تعريف الهاتف الخلوي وتمييزه عما يشابهه من وسائل الاتصال الأخرى

طالما أن هذه الدراسة تتناول التعاقد عبر الهاتف الخلوي، فلا بد لنا من بيان تعريف هذا الهاتف، ومن ثم تمييزه عما يشابهه من وسائل الاتصال الأخرى، لذلك سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الهاتف الخلوي وبيان مزاياه وسلبياته:

بما أن الهاتف الخلوي يعدّ وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة، فإنه لا بد لنا من الوقوف على معنى الاتصالات، ومن ثم نعالج معنى الهاتف الخلوي، وكذلك لا بد من بيان مزاياه وسلبياته.

لقد عرفت الاتصالات بشكل عام في قانون الاتحاد الأوروبي للمواصلات السلكية لعام 1986م بأنها : "نقل أو بث أو التقاط العلاقات والإرشادات والكتابات والصور والأصوات أو

التخابر بأي شكل من الأشكال سواء سلوكياً أو مرئياً أو بواسطة أي من الأنظمة المغناطيسية الكهربائية الأخرى"[1].

وعرفها قانون الاتصالات الأردني رقم (13) لسنة 1995م[2] في المادة الثانية منه بأنها: "نقل أو بث أو استقبال أو إرسال الرموز أو الإشارات أو الأصوات أو الصور أو البيانات مهما كانت طبيعتها بواسطة الوسائل السلكية أو الراديوية أو الضوئية أو بأي وسيلة أخرى من الأنظمة الإلكترونية"، وباعتبار ما يرد نتيجة هذه الوسائل لا يخرج عن كونه رسالة معلومات تتخلص بطريقة معينة تؤدي للتعاقد، فهي عرفت الأخرى – أي رسالة المعلومات، في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بأنها : "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تس لمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية ..." [3].

هذا ويعرف الهاتف بأنه : " الآلة المخصوصة لتأمين المخابرات بواسطة الخطط التلفونية"[4].

تجدر الإشارة إلى أن المشرّع الأردني في نظام الهاتف رقم (61) لسنة 1992م لم يضع تعريفاً للهاتف. والتلفون هو كلمة يونانية دخلت إلى اللاتينية وترجمت وتعني (التكلم من بعد) وهي مكونة من مقطعين : Tele – وتعني بعيد و Phone وتعني صوت، وهي نقلت للعربية بشكلها هذا وتعني الهاتف[5].

---

(1) مشار إليه في: العبودي، عباس (1997). التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات والتعاقد، عمان، ط1، ص18.

(2) منشور في الجريدة الرسمية، العدد رقم 4072، تاريخ 1995/10/1، ص2970.

(3) تعريف رسالة المعلومات، المادة (1) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001م.

(4) انظر في هذا التعريف: ناظم التلفونات السعودي رقم (52) لسنة 1353هـ.

(5) الفولي، حسن محمد (1999). الألفاظ الأجنبية في التشريعات المصرية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 24، العدد الثاني، جامعة عين شمس، ص83.

وقد عرف جانب من الفقه الهاتف (التلفون) بأنه: "الجهاز الذي يمكن بمقتضاه التكلم والتخاطب الفوري المباشر عن طريق الأسلاك والموجات التي تربط المتحدث أو المرسل والمتحدث إليه، أي المستقبل"[1].

ويعمل هذا الجهاز عن طريق تحويل ذبذبات الكلام إلى نبضات تنقل من المرسل إلى المستقبل بواسطة تيار كهربائي[2].

ويعد الهاتف من أكثر وسائل الاتصال الفوري فاعلية وانتشاراً في العصر الحالي، كما يعد عنصراً جوهرياً بالنسبة لبعض وسائل الاتصال الأخرى الأكثر تقدماً، بصفة خاصة جهاز الفاكسيميل[3].

في ضوء ما سبق، فإن الهاتف ا لخلوي يعرف بأنه: "أحد وسائل الاتصال الحديثة الذي يعتمد على الاتصال اللاسلكي عن طريق شبكة من الأبراج موزعة ضمن مساحة معينة[4]، حيث أن الهاتف الخلوي يقوم على فكرة عبقرية تستند على تقسيم المدينة إلى مناطق صغيرة (خلايا) مساحة كل منها 26كم^2 بشكل خلايا مسدسة، وبالتالي فإن التنقل داخلها لا يؤثر على الاتصال إلا إذا خرج حامل الهاتف خارج مساحة هذه الخلايا[5].

واستناداً إلى نص المادة الثانية من قانون الاتصالات الأردني، يمكن لنا تعريف الهاتف الخلوي بأنه: "جهاز اتصال يستخدم لإجراء المكالمات الهاتفية واستقبالها وإرسال الرسائل النصية والمصورة والصوتية واستقبالها من قبل المستفيد من الخدمة التي تقدمها الشركة المرخص لها".

---

(1) أبو الليل، إبراهيم الدسوقي (2003). الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، جامعة الكويت، ط1، ص16.

(2) بن سعيد، لزهر، مرجع سابق، ص43.

(3) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص20.

(4) الموسوعة الحرة ويكبيديا www.ar.wikipedea.org.

(5) الصيرفي، فهمي (2005). موسوعة جوالك المحترف، بدون دار نشر، دمشق، ص11.

يتمتع الهاتف الخلوي بالعديد من المزايا أهمها:

أولاً: حفظ معلومات الاتصال الذي جرى من خلاله، حيث تتيح هذه الميزة لمستخدم الهاتف الخلوي أن يعلم بجميع الأرقام التي اتصلت به وجميع الأرقام التي اتصل بها مع بيان تاريخها بالساعة واليوم والسنة[1].

ثانياً: سرعة الاتصال، إذ تتم المفاوضات بين الأطراف المتعاقدة ويبرم العقد بينهم من خلال المخاطبات الهاتفية بدقائق معدودة مهما بعدت المسافة، فضلاً عن السرعة في إمكانية قبول الإيجاب أو رفضه من الموجب له [2]، وكذلك سرعة وصول الرسائل التي ترسل من خلاله حيث لا تستغرق وقتاً طويلاً حتى تصل إلى الطرف الآخر [3]، وما يميز رسائل الهاتف الخلوي بأنها عند التسليم تعطي إشعاراً لمرسلها بأن التسليم قد حصل، وفي حالة ما إذا كان الهاتف الخلوي للطرف الثاني مغلقاً أو خارج منطقة التغطية للشبكة، فإنها تبقى لمدة معينة وبعدها إما أن تصل إلى هاتف الطرف الثاني أو يفشل الإرسال، وفي كلا الحالتين يأتي إشعاراً لمرسلها[4].

ثالثاً: سهولة استخدام الهاتف الخلوي الأمر الذي أدى إلى انتشاره بين عدد كبير من الناس في زمن قصير، حيث أنه لا يحتاج إلى خبرة معينة أو تيار كهربائي كما في أجهزة الحواسيب

---

(1) العنزي، زياد خليف (2010). المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار وائل، عمان، ط1، ص26.

(2) كيفن أوبرايت (2008). التقنية الجديدة باتت بين أيدي الكثيرين، مقال منشور في جريدة الشرق الأوسط، في العدد 10754، الخميس 8 مايو.

(3) الصيرفي، فهمي، مرجع سابق، ص11.

(4) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص18.

أو إلى مكان مخصص له، فهو جهاز بسيط يعتمد في تشغيله على بطاريته الدالخية ذات الحجم الصغير[1].

رابعاً: إن بعض أجهزة الهاتف الخلوي تتميز بمميزات إضافية لا نجده ا في الهاتف العادي، فإضافة إلى المكالمات الهاتفية والرسائل هناك تقنيات أخرى وهي تقنية البلوتوث، وتقنية الواب، وتقنية الإنترنت اللاسلكي، وسوف نبينها بصورة موجزة على النحو التالي:

1. **البلوتوث**[2]: هو عبارة عن تقنية اتصال لاسلكي عبر موجات راديوية (RF) قصيرة المدى بين أجهزة تشكل شبكة محددة المسافة حوالي (10 أمتار) [3]، وبالتالي أي جهازين فيهما نفس هذه التقنية يمكنها الاتصال وتبادل البيانات فيما بينها دون الحاجة إلى اتصال بالشبكة، ومن مزايا البلوتوث أنه يوفر اتصال لاسلكي بين الأجهزة النقالة حيث يعتمد على موجات تجعلنا نتجاوز رؤية الأسلاك والكبيلات، وكذلك فهو اتصال مجاني بين الأجهزة ولا يستهلك طاقة كبيرة مقارنة مع غيره من الأجهزة المحمولة، ويمكن نقل البيانات والأصوات من خلاله[4].
2. **الإنترنت اللاسلكي :** وتتيح هذه التقنية لمستخدمها الدخول على شبكة الإنترنت من خلال الهاتف الخلوي وذلك عن طريق الموجات الراديوية التي يتلقاها الهاتف الخلوي من الأبراج المخصصة له، حيث أن الاتصال بالإنترنت يكون بواسطة الهاتف إلى البرج مزود الخدمة ومن ثم إلى السيرفر الرئيسي أي يعتمد على شبكة الهاتف الخلوي، وما يعيق استخدام هذه

---

(1) العجارمة، مصطفى موسى (2012). التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، ط1، ص46.

(2) وتعود تسمية البلوتوث إلى ملك الدنمارك (هارولد بلوتوث) الذي وحد الدنمارك والنرويج وأدخلهم في الديانة المسيحية، مشار إليه لدى: الصيرفي، فهمي، مرجع سابق، ص55.

(3) وهناك أجهزة يصل مدى البلوتوث إلى 3 كيلو متر مثل الأيفون، والبلاك بيري . انظر: دودين، بشار (2006). الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة، عمان، ط1، ص76.

(4) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص21.

التقنية هو التكلفة الباه ظة للاتصال والبطء في سرعة نقل البيانات التي تحتوي في الغالب على نصوص وصور وفيديو حيث تبلغ أقصى سرعة لنقل المعلومات 10 كيلو بت في الثانية[1].

3. **تقنية الواب:** جاءت تقنية الواب نظراً لازدياد متطلبات الأفراد للإنترنت، حيث يتطلب الكثير الدخول على الإنترنت في أوقات وأماكن لا تتوفر فيها وصلات الإنترنت والكمبيوتر خصوصاً في الأماكن المزدحمة كالمطارات والوزارات وغيرها من الأماكن التي غالباً ما يحتاج الشخص فيها إلى الإنترنت لظروف عدة، ولهذا السبب وجد الواب، ولتسهيل وصول المعلومات المطلوبة إلى الهاتف الخلوي تمر هذه العملية في عدة مراحل معقدة، وبالتالي يتصل بمزود الخدمة[2].

بالرغم من هذه المميزات التي تجعل من الهاتف الخلوي جهاز لا غنى عنه تظهر لنا عدة سلبيات في إجراء العقد من خلاله، وهي:

1. تكلفة المكالمات الهاتفية كبيرة وخصوصاً عندما يكون الاتصال دولياً.
2. صعوبة فهم الأطراف المتعاقدة لا سيما عندما يتم التخاطب بين أطراف يتحدث أحدهم بلغة أجنبية لا يفهمها الطرف الآخر[3].
3. ومن ناحية أخرى هناك حالات سوء استخدام كثيرة في الهاتف ا لخلوي والابتعاد عن غرض المكالمة الهاتفية فضلاً عن الوقت الضائع في الترحيب.

---

(1) Dr. Najib A. Kofahi and other (2008). Performance evaluation of three encryption decryption algorithns, paper prepare to the 46th IEEE International midaest symposium on circuits and system, Cairo Egypt, 27th, 30th December, p. 48.

(2) الصيرفي، فهمي، مرجع سابق، ص89.

(3) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص17.

4. ومن أهم سلبيات استعمال الهاتف الخلوي في التعاقد هي مسألة إثبات العقد سيما وأن المكالمة الهاتفية ينتج عنها عقد شفوي [1]، وبالتالي يؤدي إلى صعوبة إثباته وهذا ما سوف نوضحه لاحقاً.

كل هذه السلبيات لم تستطع أن تصمد أمام مزايا الهاتف الخلوي، الأمر الذي أدى إلى انتشاره بصورة كبيرة جداً حيث لا يوجد شخص في يومنا هذا لا يمتلك هذا الجهاز إن لم يكن يمتلك أكثر من جهاز، ويقودنا هذا إلى زيادة نسبة التعاقد عن طريقه.

بعد أن وضحنا تعريف الهاتف النقا ل وبينا مزاياه وسلبياته، يبقى لنا أن نبين ما يميز الهاتف النقال عن وسائل الاتصال الأخرى مثل : الإنترنت، التلفون العادي، التلكس، الفاكس، وهذا ما سأبحثه في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: تمييز الهاتف الخلوي عما يشابهه من وسائل الاتصال الحديثة الأخرى:

يقصد بوسائل الاتصال الحديثة كل إرسال أو استقبال للعلامات والإشارات والخطوط المكتوبة، وكذلك الصور والتعاملات أياً كان نوعها، يستوي في هذا الاتصال أن يتم سلكياً أو

---

[1] العبودي، عباس، مرجع سابق، ص23.

لاسلكياً، كما يستوي أن يتم سمعياً أو بصرياً أو بأي نظام آخر [1]، فوسائل الاتصال الحديثة أجهزة تقنية متقدمة تستخدم للاتصال عن بعد، ومعها يتم الاتصال آنياً وفورياً فيربط بين المتصلين كما لو كانوا حاضرين مجتمعين، وليسوا بعيدين من حيث وقت الاتصال.

تتعدد وسائل الاتصال في الوقت الحالي، وإن كان يجمعها معاً سرعة الاتصال وفوريته، ويأتي في مقدمة هذه الوسائ ل الهاتف، والتلكس، والفاكسيميل، والذي يمكن تسميته بجهاز التصوير، أو الاستنساخ عن بُعد، أو جهاز التصوير الهاتفي، لكونه يقترن بالهاتف، ويتلازم معه[2]، وأخيراً الإنترنت.

ومن خلال هذا المطلب، سوف نميز ما بين الهاتف الخلوي والهاتف العادي، وكذلك تمييز عن الفاكسيميل، وأيضاً التلكي والإنترنت، وذلك في أربعة فروع.

الفرع الأول: التمييز بين الهاتف الخلوي والهاتف العادي:

يعرف الهاتف العادي بأنه : جهاز إرسال أو استقبال موصل بأسلاك مع مقسم رئيسي يربط عدد من المشتركين باستخدام دوائر إلكترونية مركبة[3].

ويعرف أيضاً بأنه: جهاز يرسل ويستقبل الصوت ويُمكن الأفراد من التحدث فيما بعضهم عبر مسافات قد لا يستطيع الإنسان أن يقطعها، وهناك أرقام لكل خط تميزه عن الآخر، حيث

---

(1) راجع: قانون الاتصالات السمعية والبصرية الفرنسي الصادر عام 1989م الذي عرف وسائل الاتصال، بصفة عامة، بأنها : تلك الوسائل التي تقوم بتوصيل الرسائل الحاملة للمعلومات للجمهور أياً كانت طبيعة هذه المعلومات، وأياً كانت وسيلة توصيلها، أي سواء تمت بالطرق السلكية والسمعية أو البصرية أو بالطرق الكهرومغناطيسية. وتعرف وسائل الاتصال الفوري أيضاً بأنها : أجهزة حديثة متطورة في عالم الاتصالات تتولى نقل الرسائل بين الأطراف المتعاقدة سواء داخل القطر أو خارجه، وهذه الرسائل إما أن تكون سمعية كما في الهاتف، أو متكوبة تتم عن طريق التلكس، أو مستنسخة الأصل كما في أجهزة نقل الصورة بالهاتف (الفاكسيمل). لمزيد من التفصيل راجع: العبودي، عباس، مرجع سابق، ص18-19.

(2) أبو حلو، حلو (2006). بعض الجوانب القانونية لرسالة البيانات الإلكترونية، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة أبحاث اليرموك، المجلد 22، العدد (1)، آذار، ص23.

(3) الموسوعة الحرة ويكبيديا www.ar.wikipedea.org.

تتم عملية الاتصال بين الخطين من خلال الضغط على رمز (رقم) الخط المطلوب الاتصال به[1]، ويتكون الهاتف من ثلاث أجزاء رئيسة:

1. **آلية إدخال :** تمكن طالب المكالمة الهاتفية من إدخال أرقام الهواتف وتركب في بعض الهواتف في طقم اليد بين قطعة الأذن وقطعة الفم أو تكون جزءاً من وحدة قاعدة منفصلة موصلة بسلك إلى طقم اليد، وفي كثير من الهواتف الحديثة تتكون آلية الإدخال من أزرار أو مفاتيح غالباً ما تكون اثني عشر مفتاحاً كل واحد منهم له عدد معين من النبضات الكهربائية.
2. **المرسل:** وهو الجهاز لاذي يرسل الصوت ليحوله إلى موجات كهربائية ومن ثم يرسله إلى الشبكة الهاتفية ويسمى أيضاً المايكروفون.
3. **المستقبل:** وهو الجهاز الذي يحول التيار الك هربائي القادم من خط الهاتف إلى صوت المتكلم ويركب المستقبل في طقم اليد[2].

إن الفرق بين الهاتف الخلوي والهاتف العادي يكمن في مميزات كل منهم، ولكي يمكننا الوقوف فيما بينها لا بد لنا من معرفة مميزات الهاتف العادي مع مقارنتها بالهاتف الخلوي على النحو الآتي:

1. يتصف الهاتف العادي بسرعة الاتصال وكذلك الهاتف الخلوي [3]، لكن ما يأخذ على هذا القول أن الاتصال قد يكون صعب إذا كانت هناك تأثيرا خارجية [1] على الخطوط الهاتفية بالنسبة للهاتف العادي وشبكة الاتصال بالنسبة للهاتف الخلوي وهذا أمر نادر الوقوع.

---

(1) رشدي، محمد السعيد (2005). التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، دون دار نشر، ولا مكان نشر، ص52.

(2) الموسوعة الحرة ويكبيديا www.ar.wikipedea.org.

(3) مطلق، مراد محمود يوسف (2007). التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ص27.

2. سهولة استخدام الهاتف العادي[2] حيث يكاد يكون أسهل من الهاتف الخلوي، فإن حداثة الهاتف الخلوي أدت إلى وجود صعوبة استخدام من قبل بعض الأفراد إلا أن هذه الصعوبة هي في زوال نتيجة زيادة الوعي عند مستخدميه.

3. يتسم التعاقد عبر الهاتف العادي بأنه تعاقد فوري ومباشر وهذا ما نجده أيضاً في الهاتف الخلوي إذا ما تم التعاقد بالمكالمة الهاتفية، لكن إذا تم بغير ذلك يكون بين غائبين وليس فورياً وهذا ما يحصل عندما يكون التعاقد عن طريق الرسائل التي ترسل من خلاله سواء أكانت رسالة نصية أو صوتية أو مصورة[3].

4. بالنظر إلى طبيعة كل من الهاتف العادي والهاتف الخلوي نجد أن مستخدم الهاتف الخلوي يتمتع بحرية التنقل في أي مكان يريده في بلده أو خارجه، أما مستخدم الهاتف العادي فإنه لا يستطيع أن يغير مكان الخط من مكان إلى آخر إلا وفق إجراءات معينة[4].

5. أما بخصوص إثبات التعاقد فإن الهاتف العادي والخلوي يشتركان بصعوبة إ ثبات هذا العقد على اعتباره عقد شفوي، لكن قد يختلف الأمر لو كان التعاقد قد حصل عن طريق الرسائل في الهاتف الخلوي أو عن طريق المكالمة الهاتفية مع وجود تقنية التسجيل الصوتي الموجود في الهاتف الخلوي وفي عدد قليل من الهاتف العادي[5].

---

(1) يقصد بالتأثيرات الخارجية هي الأحوال الجوية الرديئة التي تؤثر على شبكات الاتصال السلكية واللاسلكية . انظر: أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص17.

(2) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص22.

(3) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص17.

(4) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص22.

(5) الدوري، سعد (2010). وسائل الاتصال الحديثة، بغداد، ص29.

وهذا يعني أن القانون عندم ا اعتبر أن التعاقد عن طريق الهاتف أو أي وسيلة مماثلة تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان[1]، كان يقصد في هذا الحكم المكالمات الهاتفية فقط، حيث لا يكون هناك فجوة زمنية بين الإيجاب والقبول وهذا ما ينطبق على الهاتف الخلوي والهاتف العادي ، أما فيما يتعلق بالتقنيات الأخرى التي يمتاز بها الهاتف الخلوي، فإن التعاقد الذي يحصل من خلالها لا يكون محلاً لهذه المادة القانونية، حيث نجد هناك فجوة أو فارق زمني بين الإيجاب والقبول وبالتالي يعد هذا تعاقداً بين غائبين في الزمان والمكان وهذا هو الفرق بين الهاتف الخلوي والهاتف العادي[2].

الفرع الثاني: التمييز بين الهاتف الخلوي والفاكسيميل (الفاكس):

يعرف الفاكس بأنه : جهاز استنساخ بالهاتف يقوم بإرسال واستلام الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها كأصلها عن طريق شبكة الهاتف المركزية أو عن طريق الأقمار الصناعية، ويمكن استخدامه داخل المدينة وخارجها مع دول العالم[3].

يتميز التعاقد عن طريق الفاكس بالوجود المادي للوثيقة الورقية، لذا فإن التعاقد عن طريق هذا الجهاز يعد أسرع الخدمات البريدية في عالم الاتصالات وأكثرها تطوراً[4].

تجدر الإشارة إلى أن الفاكس يقترن بجهاز الهاتف اقتراناً تاماً ويلازمه ويكمل عمله ولا يسمح بإجازة الفاكس من قبل المؤسسة العامة للاتصالات إلا للأفراد الذين لدهم عقد اشتراك

---

(1) دودين، بشار، مرجع سابق، ص64.

(2) انظر: نص المادة (102) من القانون المدني الأردني.

(3) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص29.

(4) إبراهيم، خالد ممدوح (2006). إبرام العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، بدون مكان نشر، ص28. وأبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص19.

بالخدمة الهاتفية، بمعنى أن الفاكس هو جهاز ملحق بالهاتف العادي يقوم بإرسال الرسائل عن طريق خط الهاتف وليس بخط مستقل[1].

وللوقوف على الفرق بين الفاكسيميل والهاتف الخلوي لا بد لنا من التطرق لمزايا الفاكس ومقارنته مع الهاتف الخلوي، والتي يمكن إيجازها بما يأتي[2]:

1. توفير الوقت إذ يمكن إرسال الرسائل والمستندات في مدة لا تتجاوز الدقيقة الواحدة وأحياناً لا تزيد على 30 ثانية، وفي هذه النقطة نجد أن الهاتف الخلوي أسرع من الفاكس في إرسال الرسائل حيث لا تكاد أن تمضي خمسة ثواني ويأتي إشعار للمرسل بأن الرسالة قد أرسلت إلا إذا كان هاتف الطرف الآخر مغلق أو خارج منطقة التغطية، وهذا غير موجود في الفاكس، فالهاتف النقال أسرع في إرسال الرسائل.
2. المحافظة على سرية المراسلات وانعدام احتمال ضياعها، إذ يوفر نظام الفاكس أمنية عالية للمراسلات ذات الطبيعة السرية لتوافر إمكانية الرمز في بعضها، فمن السهل وضع شيفرة معينة قابلة للتغيير وتخضع كلمة السر هذه للتعليمات التي تصدرها الدائرة المعنية باستخدام الجهاز. تعليقاً على هذه النقطة نجد أن الهاتف الخلوي أكثر سرية من الفاكس حيث أن الرمز أو كلمة السر توجد عند فتح الجهاز ابتداءً أي لا يستطيع الشخص أن يصل إلى الرسالة إلا إذا أدخل الرمز السري الذي يطلب منه عند فتح الجهاز [3]، الأمر الذي يؤدي إلى عدم قراءة الرسالة ذاتها، بمعنى أن أي شخص يستطيع أن يرى الرسالة لكن لا يستطيع قراءتها إلا من لديه الرمز.

---

(1) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص29.

(2) إبراهيم، خالد، مرجع سابق، ص28.

(3) يقصد بفتح الجهاز هنا هو الدخول إلى البرامج المخزنة فيه وتشغيله . انظر: الكشموشي، حسين، واللوبي، سعيد، مرجع سابق، ص46.

3. تجنب جميع الأخطاء التي يمكن وقوعها عن طريق الاتصال بالهاتف لأن الرسائل المرسلة تصل بالصورة ذاتها والشكل والحجم الموجودة في الأصل وبالتالي فالأخطاء فيها تكاد تكون معدومة، وهذا الكلام قد يصدق على الهاتف العادي لأنه لا يتمتع بأي تقنية غير الاتصال الهاتفي، فقد يحدث خطأ لمجرد أن يكون العقد شفوياً، فقد يغفل المتعاقدين عن أمور مهمة في التعاقد أو قد يكون فهم الطرف الآخر للطرف الأول فيه نوع من الغلط، أما فيما يتعلق بالهاتف النقال وما يتميز به من تقنية إرسال الرسائل وتقنيات الاتصال الأخرى فإن نسبة حدوث الخطأ تكاد تكون معدومة.

4. لا يحتاج جهاز الفاكس إلى عناصر مدربة لتشغيله، فالذي يستخدمه لا يحتاج أن يكون ملماً بالطباعة كما هو الحال في التلكس مما يؤدي إلى اختصار الكثير من الم تاعب، ويفهم من هذا أن الفاكس هو جهاز سهل لا يحتاج إلى خبرة حاله حال الهاتف الخلوي أي أن الهاتف الخلوي والفاكس متشابهان في هذه النقطة.

بعد عرض مزايا الفاكس يتبين أن جهاز الفاكس واحد من أهم أجهزة الاتصال لكن التطور الذي حصل وخصوصاً في العشر سنوات الأخيرة أ دى إلى ظهور الهاتف الخلوي على ساحة أجهزة الاتصال وبفضل ما يتمتع به من مميزا استطاع أن يحقق انتشاراً واسعاص فاق في ذلك الفاكس والهاتف العادي.

الفرع الثالث: التمييز بين الهاتف الخلوي والتلكس:

التلكس هو عبارة عن جهاز طباعة إلكتروني مبرق يتصل ببدالة يطبع البيانات الصادرة من المرسل بلون أحمر والصادرة من المرسل إليه باللون الأسود فيستطيع المشترك بذلك الاتصال مباشرة مع أي مشترك آخر يمتلك الجهاز نفسه وإرسال إيجابة وتسلم رده سواء أكان هذا الاتصال داخلياً أم دولياً، فلكل مشترك رمز نداء خاص به، فلا يتم إرسال الرسالة إلا إذا

تسلم رمز النداء للجهاز المرسل إليه، أما إذا كان المتعاقدين غير مشتركين بخدمة التلكس فيمكنهم أن يرسلوا رسائلهم بالتلكس عن طريق مكتب البرق[1]، ويعمل جهاز التلكس على تحويل الحروف المكتوبة إلى نبضات كهربائية فيتحول الضغط على الحروف إلى إشارة كهربائية تتحول بعدها إلى موجات كهرومغناطيسية[2].

للوقوف على الفرق بين الهاتف الخلوي والتلكس لا بد أن نبين مزايا التلكس ومقارنتها مع الهاتف والمتمثلة فيما يلي[3]:

1. يتميز التلكس بالسرعة العالية إذ يستطيع الشخص الذي يرغب بالتعاقد من خلاله أن يرسل إيجابة إلى الطرف الآخر في أي بلد والحصول على الرد بالموافقة أو الرفض خلال ثوان أو دقائق معدودة، وهذا ما نجده أيضاً في الهاتف الخلوي حيث تصل الرسالة خلال ثوان معدودة إلى أبعد مكان في العالم إضافة إلى ذلك أن ا لهاتف الخلوي يمتاز بدقة أكثر من التلكس، فمجرد إرسال الرسالة تذهب إلى الرقم المحدد وبدون تلقي إشارة من المرسل إليه وغيرها من التعقيدات.
2. تتميز الرسائل التي ترسل من خلال التلكس بالسرية حيث يقتصر الاطلاع على مضمونها على كل من المرسل الذي أرسلها أو الشخص المخوّ ل بإرسالها خلافاً للبرقية العادية التي تفقد الكثير من سريتها، أما فيما يتعلق بالهاتف الخلوي فإنه يتمتع بنفس السرية إن لم يكن أكثر كما وضحنا ذلك في الفرق بينه وبين الفاكس.

---

(1) العبودي، عباس (2002). الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، دار الثقافة، عمان، ص60. وأبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص18-19.

(2) إبراهيم، أبو الليل، مرجع سابق، ص19.

(3) العبودي، عباس، الحجية القانونية، مرجع سابق، ص 27-28. وأبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص 19. والكشموشي، حسين، واللوبي، سعيد، مرجع سابق، ص48-49.

3. الإتقان والوضوح، إذ يتم إعداد رسالة التلكس قبل إرسالها على شريط مثقب فتكون خالية من الأخطاء، فإذا حدثت أخطاء عند كتابة الرسالة يمكن تصحيحها عند حصولها فتظهر الرسالة منظمة وخالية من الأخطاء، والشريط المثقب يعد بمثابة مخزن للمعلومات التي يمكن إرسالها والرجوع إليها في أي وقت، وفي هذه النقطة نستطيع القول أن الهاتف الخلوي يكان يكون أكثر وضوحاً وإتقان من التلكس وذلك بسبب أن الرسالة في الهاتف الخلوي تكون مفهومة وواضحة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يستطيع المرسل أن يتأكد من صحة الرسالة قبل إرسالها لأنها لا ترسل بصورة مباشرة إلا بعد اختيار رقم الشخص.
4. يتيح جهاز التلكس الاتصال بعدة فروع متباعدة الأماك ن في الوقت نفسه وموثقة بأكثر من نسخة، وهذا موجود أيضاً في الهاتف الخلوي، لا بل يستطيع مستخدم الهاتف أن يرسل الرسالة لكل الأشخاص الموجودين في قائمة الأسماء.
5. ومن السمات الأساسية للتلكس أنه يترك أثراً مادياً مكتوباً للوثائق المرسلة عن طريقه، وكذلك يكون أفضل وأدق من المكالمة التلفونية، وفي هذا الصدد نجد أن هذه الميزة قد تفوق التلكس على الهاتف العادي على اعتبار أن الأخير لا يرسل ولا يستلم الرسائل، أما بالنسبة للهاتف الخلوي فإضافة للمكالمات الهاتفية هناك تقنية الرسائل فيستطيع أيضاً أن يحتفظ بالرسالة على اعتبارها أثراً مادياً، ومن ناحية أخرى فالتلكس لا يخلو من العيوب، فأهم عيوب التلكس هي أنه غير قادر على إرسال الرسوم والبيانات التوضيحية والهوامش والتواقيع وأيضاً إن لجهاز التلكس ثلاث سرعات فيجب أن يكون الجهاز المرسل والمرسل إليه نفس السرعة وإلا كانت البرقية غير مفهو مة[1]، وهذا أمر صعب سيما وأن عدد المشتركين في هذه الخدمة قليل.

(1) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص27.

نخلص مما تقدم أن جميع مزايا التلكس موجودة في الهاتف الخلوي إضافة إلى وجود تقنيات أخرى غير موجودة في التلكس.

الفرع الرابع: التمييز بين الهاتف الخلوي والإنترنت:

الإنترنت ليس بجهاز مستقل، وإنما هو شبكة معلومات يتم الوصول إليها باستخدام الحاسب الآلي (الكمبيوتر) الذي يتصل بغيره من الحواسيب على مدار العالم وهو أمر يمكن من سهولة الحصول على المعلومات وتبادلها؛ فالإنترنت إذن ليس سوى شبكة دولية للمعلومات بوساطتها يمكن للفرد أن يغزو العالم في لحظات زمني ة قصيرة ليصل إلى مراده من معلومات، وهكذا أصبح الإنترنت طريقاً سريعاً للمعلومات [1]. فالإنترنت إذن ما هي إلا مجموعة من أجهزة الحاسب الآلي مرتبط بعضها ببعضها الآخر بطريقة تمكن من تبادل المعلومات باستخدام التكنولوجيا الحديثة، وتتم الاتصالات والحصول على المعلوم ات من شبكة الإنترنت بوساطة جهاز الحاسب الآلي (الكمبيوتر) والهاتف معاً، حيث يقوم الحاسب الآلي، عن طريق جهاز المودم (Modem) الذي يتضمنه بالاتصال إرسالاً واستقبالاً بالشبكة (الإنترنت) من خلال الاتصال الهاتفي[2].

ويمكن عن طريق الإنترنت نقل الرسائل والمعلومات من جهاز حاسب آلي إلى جهاز آخر باستخدام خدمة البريد الإلكتروني Electronic Mail، هذا بالإضافة إلى خدمة الاتصال Tel-Net من جهاز إلى آخر[3].

لعل أهم مزايا الحاسب الآلي – في مجال المعلومات والاتصالات – هو إلغاء المسافات، حيث يتم الاتصال بالجهة المقصودة في لحظات حتى ولو بعدت آلاف الأميال[1].

---

(1) Alain, Benabent, op.cit., p. 157-158.

(2) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص24.

(3) دودين، بشار، مرجع سابق، ص56.

ولأن الاتصال عن طريق الحاسب الآلي والإنترنت يتم في لحظات، فإنه يلغي أو يختصر الزمن والوقت أيضاً، وهذا أمر يؤدي إلى سهولة إبرام التصرفات القانونية وغيرها من التعاملات القانونية والتجارية بسرعة وسهولة.

يتم استخدام جهاز الحاسب الآلي باعتباره وسيلة اتصال ونقل معلومات بعدة طرق، منها طريق شبكة المعلومات العالمية World Wide Web، ويطلق عليها اختصاراً خدمة الـWeb، وعن طريقها يمكن الوصول إلى المعلومات الخاصة بعقد أو خدمة معينة يراد التعاقد عليها(2).

ومنها أيضاً طريق البريد الإلكتروني E-mail، حيث يمكن عن طريقه التراسل مع طرف آخر عن بعد إرسالاً واستقبالاً.

كما وتتميز خدمة الإنترنت بعدة مزايا ومنها(3):

1. أنها عبارة عن شبكة مفتوحة وغير محددة بمواقع معينة، فيستطيع الشخص أن يتصفح في كل الصفحات بدون تقييد أو تحديد مواقع معينة دون غيرها.
2. أنها شبكة عالمية لا تعرف الحدود بين الدول، وهذا ما يميزها عن بعض شبكات نقل المعلوماتية التي تتم على نطاق إقليمي، ولذلك وصف البعض شبكة الإنترنت بأنها عالم متكامل فهناك الملايين من مستخدمي الإنترنت الذين يتواجدون في آن واحد على ا لشبكة يتبادلون الحديث سوياً.
3. إن شبكة الإنترت شبكة غير متخصصة في نوع معين من الخدمات بل إنها تتسع لتشمل التعامل بمختلف السلع والخدمات.

---

(1) الصرايرة، منصور، مرجع سابق، ص48.

(2) عبد الدائم، أحمد، مرجع سابق، ص27.

(3) ناصيف، إلياس (2009). العقود الدولية – العقد الإلكتروني في القانون المقارن، الحلبي الحقوقية للنشر، بيروت، ص27.

يرى الباحث في هذا الصدد أن للهاتف الخلوي نفس المزايا تقريباً، فمن حيث أن الشبكة مفتوحة فلا يوجد شخص يتحكم أو يسيطر على خدم ة الاتصالات ويستطيع الأفراد الاتصال بأي مكان في العالم، أما بخصوص أن شبكة الإنترنت شبكة عالمية لا تعرف الحدود بين الدول، فهذا الكلام ينطبق على الهاتف الخلوي أيضاً، فإنه ذات استعمال واسع وعالمي أيضاً فيستطيع مستخدم الهاتف الخلوي أن يستعمله في أكثر من دولة وهذا ما يسمى بالتجوال الدولي، حيث يتم اختيار الخدمة آلياً ويصبح الهاتف الخلوي يعمل في داخل وخارج حدود موطنه الأصلي [1]. أما فيما يتعلق بأن شبكة الإنترنت شبكة غير متخصصة في نوع واحد من الخدمات، فهذا ما نجده أيضاً في الهاتف الخلوي فإنه لا يستخدم في نوع معين من الخدمات حيث يمكن استخدام الهاتف الخلوي لشراء السلع والخدمات ولتوطيد العلاقات الاجتماعية وغيرها من الاستخدامات الأخرى.

إضافة إلى المزايا التي تتمتع بها شبكة الإنترنت فإنها تقدم خدمات كثيرة ومتنوعة تعود على البشرية بالنفع والتقدم ومن أهمها البريد الإلكتروني، وهو عبارة عن صندوق بريد شخصي يعمل من خلال شبكة الإنترنت بحيث يتيح للمشترك بخدمة الإنترنت أن يرسل ويستقبل الرسائل من خلال الحاسوب بعد أن يقوم الشخص بفتح البريد الخاص من خلال طباعة اسم المستخدم وكلمة السر، وتعد خدمة البريد الإلكتروني أسرع خدمة عرفتها البشرية حتى وقتنا هذا[2]. وكذلك يتمتع بالأمان والسرية بحيث لا يمكن اختراقه من شخص ما إلا بمعرفة كلمة السر الخاصة به أو بطريقة فنية وبرامج معقدة لا يجيدها إلا المحترفون في مجال المعلوماتية[3].

---

(1) الصيرفي، فهمي، مرجع سابق، ص41.

(2) وقتنا الحاضر هو تاريخ كتابة الرسالة أي سنة 2012م.

(3) حمارشة، رياض وليد (2008). عقد البيع الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ص10.

إضافة إلى البريد الإلكتروني هناك خدمة المواقع Website والتي يستطيع من خلالها الأشخاص زيارة المواقع المختلفة على الشبكة العالمية ويمكنه من تفصح وقراءة ما فيها والحصول على ما يريدون من معلومات أو صور أو مقطوعات غنائية، كما يمكنه من البيع والشراء ويندرج ضمن هذه الخدمة خدمة التعلم عن بعد، فهناك مواقع تتيح التعلم بأسلوب جديد من خلال التعلم عن بعد، فلا يحتاج الطالب الذهاب إلى المؤسسة التعليمية بل يمكنه التعلم من أي موقع تعليمي عن طريق استخدام الإنترنت للاتصال بالمؤسسة التعليمية . ولقد بادرت بعض الدول مثل أمريكا وكندا بمشاريع تهدف إلى اتصال جميع مدارسها بالإنترنت لإتاحة فرصة التواصل الفعّال بين جميع طبقات المجتمع الذين لهم علاقة بالتعلم. ومن ناحية أخرى تقدم شبكة الإنترنت تقنية المحادثة والدردشة [(1)]، حيث تكون هذه التقنية إما باستخدام برامج خاصة مثل : الياهو ماسنجر، والسكاي بي، أو الدخول لها من خلال المواقع وذلك عن طريق نوافذ ثانوية.

وبخصوص الخدمات التي تقدمها شبكة الإنترنت يرى الباحث أن الهاتف الخلوي فيه أيضاً نفس الخدمات تقريباً فيستطيع مستخدمه إرسال واستلام الرسائل، وفيما يتعلق بالدردشة فإن هذه الخدمة موجودة أيضاً في الهاتف الخلوي، أما بخصوص الويب أو المواقع فهذه التقنية انفردت بها شبكة الإنترنت. والجدير بالذكر هنا أن الهاتف الخلوي يستطيع الدخول على شبكة الإنترنت وتفعيل كل التقنيات والخدمات التي تقدمها هذه الشبكة، وهذه الميزة تزيد من أهمية الهاتف الخلوي فتجعله جهازاً شاملاً لكل التقنيات الحديثة أي أنه يضم جميع المزايا التي تتمتع بها الأجهزة التي ذكرناها سابقاً في جهاز واحد صغير الحجم وبسيط التكاليف وأهم ما يميزه أنه جهاز سهل.

[(1)] السنباطي، إيهاب (2011). الموسوعة القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ص98.

خلاصة ما تقدم فإن الهاتف الخلوي هو عبارة عن مجموعة من الأجهزة تجسدت في جهاز واحد، حيث نجد فيه خدمة المكالمات الهاتفية وخدمة الرسائل، إضافة إلى ذلك خدمة الإنترنت الأمر الذي أدى إلى انتشاره بين الناس بشكل كبير.

المبحث الثاني

تحديد ماهية العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي

إن تحديد ماهية العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي تستلزم منا القيام بخطوة أولى نوضح من خلالها مدى مشروعية التعاقد بالهاتف الخلوي في التشريع الأردني، ومن ثم التعريف بالعقد المبرم عبر الهاتف الخلوي من خلال تحديد معناه، وبيان خصائصه، وأخيراً لا بد من بيان صور المعاملات الإلكترونية عبر الهاتف الخلوي. لذلك سأقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، هي:

المطلب الأول: مدى مشروعية التعاقد بالهاتف الخلوي في التشريع الأردني:

سأبحث هذا الموضوع ضمن فرعين، أخصص الفرع الأول لبيان مدى مشروعية التعاقد بالهاتف الخلوي في ظل القانون المدني الأردني، أما الفرع الثاني ففي ظل قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

الفرع الأول: في ظل القانون المدني الأردني رقم (43) سنة 1976م:

على الرغم من سكوت هذا القانون عن التعاقد بوسائل إلكترونية ومنها الهاتف الخلوي، إلا أنه بالرجوع إلى إلى المبادئ العامة للقانون والعقد وبعض النصوص القانونية، يتبين لنا جواز التعاقد بالهاتف الخلوي من خلال ما يأتي:

1. أن التعبير عن الإرادة لا يشترط فيه بحسب الأصل في معظم ال تشريعات الحديثة شكلاً خاصاً أو وضعاً معيناً.
2. أن الأصل في العقود الرضائية، حيث يستطيع المتعاقد أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي تروق له لإيصال العلم إلى المتعاقد الآخر.
3. القاعدة القانونية المدنية الكلية تقضي بأن : العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني[1]، فأي لفظ، أو مبنى أدى المعنى، أو دل على المقصد فهو معتبر قانوناً.
4. لا يوجد في التشريع الأردني نص عام أو خاص يحظر التعاقد بهذه الوسيلة أو يقيده.
5. تنص المادة (102) مدني أردني بأنه : "يعد التعاقد بالهاتف، أو بأية طريقة مماثلة ..."، فعبارة (أو بأية طريقة مماثلة) تفسح المجال أمامنا للقياس، واعتبار التعاقد بإحدى وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة مثل الحاسوب، أو الإنترنت الشابكة، أو التلكس وما نحو ذلك مماثلاً للتعاقد بطريق الهاتف. وتطبيقاً لذلك ذهب الاجتهاد القضائي لمحكمة التمييز الأردنية

---

[1] وردت هذه القاعدة في الفقرة الأولى من المادة (214) مدني أردني.

الموقرة إلى أنه : "يجوز التعاقد بالتلكس إذا كان المتعاقدان لا يضمهما مجلس واحد عملاً بالمادة (102) من القانون المدني"[1].

6. إن تعريف العقد في المادة (87) مدني أردني لم يعر أه مية لموضوع التعبير عن الإرادة وطريق إيصال الإيجاب والقبول بقدر اهتمامه بمسألة ارتباط الإرادتين وتطابق القبول مع الإيجاب على وجه يثبت أثره في المعقود عليه.

7. جاء في نص المادة (93) مدني أردني بأن : "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة ... وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي "، فالتعبير عن الإرادة في التعاقد عبر إحدى وسائل الاتصال الإلكترونية يتم من خلال القيام بخطوات معينة لا تدع ظروف الحال أي شكل في دلالتها على التراضي.

الفرع الثاني: في ظل قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001م:

نظراً إلى التطورات التقنية الحاصلة في ميدان تبادل البيانات والمعلومات الإلكترونية، ونزولاً على الاعتبارات العملية استجابة لحاجات التجارة والتصنيع التي اقتضت إبرام المعاملات والعقود عن طريق استخدام وسائل الاتصال الحديثة والتي توفر السرعة و تختصر الجهد والوقت، فقد سن المشرّع الأردني قانوناً خاصاً نظم فيه المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية ولا سيما العقود منها، وهذا القانون هو قانون المعاملات الإلكترونية . وقد جاء في تعريف المعاملات الإلكترونية الوارد في المادة الثانية من هذا القانون، أن المق صود بها هو : المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية، ثم عرفت المادة ذاتها مصطلح السجل الإلكتروني بأنه : القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي تنشأ أو ترسل أو تسلم أو تخزن بوسائل إلكترونية، كذلك فقد حددت هذه

---

[1] تمييز حقوق رقم 1990/1202، هيئة خماسية، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العددان الأول والثاني، 1992، ص1713.

المادة المقصود برسالة المعلومات بقولها: المعاملات التي يتم إنشاؤها أو ترسل أو تسلم أو تخزن بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ الرقمي.

في ضوء ما تقدم، يتبين أن المبادئ العامة للقانون المدني الأردني وأحكام قانون المعاملات الإلكترونية على وجه التحديد، تجيز التعاقد بالوسائل الإلكترونية الحديثة ومنها الهاتف الخلوي، ومن ثم لا يوجد مانع قانوني يحول دون إبرام العقد عبر الهاتف الخلوي في التشريع الأردني، باستثناء ما ورد في نص المادة السادسة من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، بقولها: لا تسري أحكام هذا القانون على ما يأتي:

أ –العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقاً لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها:

1. إنشاء الوصية وتعديلها.
2. إنشاء الوقف وتعديل شروطه.
3. معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.
4. الإشعارات المتعلقة بإلغاء عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة أو فسخها.
5. الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.
6. لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

ب –الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استناداً إلى قانون الأوراق المالية النافذ المفعول.

تستند جميع الاستثناءات المقدمة إما لما هو مقرر في القوانين المنظمة لها، فمثلاً يشترط في القانون المدني الأردني تسجيل الوصية [1]، كذلك يشترط الإشهاد على الوقف لدى المحكمة الشرعية[2]، كما أنه يشترط تسجيله لدى دائرة الأراضي إن كان وقفاً عقارياً [3]، ويجب تسجيل الأوراق المالية المتداولة في السوق ونقل ملكيتها وتسوية أثمانها بين الوسطاء[4].

ومن ثم فإن المعيار الخاص بما يستثنى من نطاق تطبيق قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، هو محكوم بالقوانين المنظمة لهذه المعاملات المستثناة، وليس بقانون المعاملات الإلكترونية.

المطلب الثاني: معنى العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي وخصائصه:

إن هذه الدراسة تتطلب بيان معنى العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي ومن ثم خصائصه . وعليه سأبحث هاتين المسألتين في فرعين:

الفرع الأول: تحديد معنى العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي:

يعتبر العقد من أهم التصرفات القانونية التي تمارس في الحياة العملية إن لم يكن أهمها على الإطلاق، وذلك بإجماع الفقه والتشريع على حد سواء، ويعرف بشكل عام على أنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء لالتزام أو نقله أو تعديله

---

(1) انظر: نص المادة (1130) مدني أردني.

(2) انظر: نص المادة (2/1237) مدني أردني.

(3) انظر: نص المادة (3/1237) مدني أردني.

(4) انظر: نص المادة (81) من قانون الأوراق المالية الأردني المؤقت رقم (76) لسنة 2002م.

أو إنهائه[1]، والملاحظ من خلال هذا التعريف تجلي المذهب الشخصي في الالتزام والذي تكون العبرة فيه للنية[2]، هذا ولقد عرف القانون المدني الأردني العقد من خلال نص المادة (87) منه والتي قضت بأن: "العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر "[3]. ومن الجدير قوله هنا أننا إذا تجاهلنا النظر إلى الصفة الإلكترونية للعقد المبرم عبر الهاتف الخلوي، نلاحظ أن هذا التعريف يستوعب هذا النوع من العقود من حيث الأطر الأساسية المشترطة في ا لعقد بشكل عام، ووفقاً لما قضت به المادة (1/91) من القانون المدني الأردني فإن الإيجاب والقبول هما كل لفظين مستعملين عرفا لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول، سواء كان ذلك باللغة العربية أو بأي لغة أخرى يفهمها المتعاقدان، ولا يشترط في ذلك استخدام لفظ

---

(1) تجدر الإشارة إلى أن فقهاء القانون المدني يرون من جهة أن العقد ما هو إلا اتفاق إرادتين، ومن جهة أخرى يرون أن هذا التوافق يجب أن يأتي بهدف إحداث أثر قانوني، وذلك لكي يظهر هذا الأثر ويتضح عند إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، إذاً نس تطيع القول أن فقه القانون المدني يرى أن تعريف العقد يجب أن يشتمل على أمرين اثنين هما : أولاً؛ توافق الإرادتين ويتوجب بالتالي على كل طرف في العقد أن تنعقد إرادته على أمر معين وذلك بشرط أن تتقابل إرادتا الطرفين، لأن هذا التقابل هو الذي يكون العقد، ثانيا؛ أن تتجه إرادتا الطرفين في توافقهما إلى إحداث أثر قانوني وذلك عن طريق إنشاء رابطة قانونية . انظر: الصدة، عبد المنعم فرج (1979). مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص257.

(2) ينظر المذهب الشخصي إلى الالتزام باعتباره يمثل رابطة شخصية، وهو يرى بذلك أن العقد وليد النية أو ما يعرف بالإرادة النفسية أو الباطنية، وتبعاً لذلك تكون العبرة لإرادة المتعاقدين التي انطوت عليها نفسهما، وأما التعبير الخارجي فما هو إلا مجرد دليل يكشف عن تلك الإرادة، فإذا اتفق هذا التعبير مع الإرادة الحقيقية أخذ به وإلا فلا، وقد أخذت القوانين اللاتينية بهذا المذهب، ومن جهة أخرى ينظر المذهب المادي إلى الالتزام باعتباره قيمة مالية، أي أنه ينظر إلى موضوعه وليس إلى العلاقة التي تجمع بين طرفيه، وهو بذلك يرى أن العقد وليد الإرادة الظاهرة أو المادية التي يعبر المتعاقدان عنها بالألفاظ ويقف الأمر عن هذا الحد، وبعد ذلك لا عبرة لما أراده المتعاقدان حقيقة، فالتعبير عن الإرادة ليس مجرد دليل عليها بل هو الإرادة ذاتها، وقد أخذت بهذا المذهب القوانين الجرمانية . انظر في ذلك: السنهوري، عبد الرزاق (1934). نظرية العقد، شرح القانون المدني، النظرية العامة للا لتزامات، المجمع العلمي العربي الإسلامي ومنشورات محمد الداية، بيروت، وقد طبع هذا الجزء لأول مرة بمطبعة دار الكتب المصرية، ص83-84.

(3) هذا التعريف أخذ عن نص المادة (83) من القانون المدني العراقي، والتي أخذت بدورها عن نص المادة (262) من كتاب مرشد الحيران، انظر: الحكيم، عبد المجيد، مرجع سابق، ص73.

معين ولا تركيب خاص، وبعيداً عن الخوض فيما يؤخذ على هذا التعريف من انتقادات، فإننا نرى أن نضع هذه المسألة جانباً ونحيلها إلى ما ذهب إليه فقهاء وشرّاح القانون المدني بشكل عام والأردني على وجه التحديد[1].

هذا ويتوجب علينا عند تعريف العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي ألا نغفل أبداً صفة مهمة من صفاته وهي أنه ينتمي للعقود المبرمة عن بعد – من حيث المكان – والتي تتم باستخدام أحد وسائل الاتصال الفوري الحديثة، كذلك فإن العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي يمتاز بخصوصية تتمثل في الطريقة التي ينعقد بها، وعلى ذلك فإن تعريفنا لهذا العقد سيراعي بالضرورة هاتين النقطتين الأساسيتين بالإضافة إلى تحديد مجاله، كل في نقطة مستقلة.

أولاً: العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي هو نوع خاص من العقود المبرمة عن بعد:

---

(1) يميل الفقه القانوني عند محاولته تعريف العقد إلى التفريق ما بين العقد والاتفاق ابتداءً، ولا ضير أن نسلك هذا الطريق أيضاً، فالاتفاق وفقاً لما ذهب إليه بعض الفقهاء أعم وأشمل من العقد لأنه جنس والعقد نوع، وعلى ذلك يكون الاتفاق عبارة عن توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، إنشاء التزام كما هو الحال في البيع، ونقل الالتزام كما هو الحال في حوالة الحق والدين، أما تعديل الالتزام فمثاله الاتفاق على اقتران أجل بالالتزام، وإنهاء الالتزام كما هو الحال في الوفاء، أما بالنسبة للعقد فهو اتفاق على إنشاء التزام أو نقله، وهو بذلك أخص من الاتفاق ويكون بالنسبة له كالنوع بالنسبة للجنس، ويترتب على ذلك مقولة أن كل عقد اتفاق ولكن العكس ليس بصحيح إلا إذا كان الاتفاق منشئاً للالتزام أو ناقلاً له، فإذا كان معدلاً للالتزام أو منهياً له لا يعتبر عند ذلك عقداً، والجدير بالذكر أن التمييز السابق بيانه بين الاتفاق والعقد ليس بذي أهمية كما يرى ذلك السواد الأعظم من فقهاء القانون المدني وكما ذهبت إلى ذلك معظم القوانين الحديثة، والتي اعتبرت أن العقد والاتفاق مصطلحين مترادفين من حيث المعنى، ومع هذا فإن ذلك لا يمنعنا من الإشارة إلى أن بعض الفقهاء ذهبوا في تفرقتهم بين العقد والاتفاق إلى القول أن مصطلح العقد يجب أن يقتصر على الاتفاقات الهامة، أي تلك التي خصها المشرع بأسماء معينة كالبيع والإيجار، أما الاتفاق فهو غير ذلك من الاتفاقات التي ليس لها اسم معين، ومن ناحية أخرى يرى بعض الفقهاء أن للتمييز بين العقد والاتفاق أهمية أخرى من حيث الأهلية؛ فالأهلية المطلوبة لإنشاء العقد تختلف عن الأهلية المطلوبة لإنشاء الاتفاق، إلا أنه يرد على ذلك بالقول أن الأهلية تختلف باختلاف العقود، فمثلا الأهلية المطلوبة في عقود التبرع تختلف عن الأهلية المطلوبة في عقود المعاوضة، ومع ذلك لم يقل أحد باختلاف البيع عن الهبة من حيث كون كل منهما عقداً، وذلك لمجرد اختلاف الأهلية المطلوبة فيهما. انظر كل من: السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 79–81، وسلطان، أنور (1987). مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، الطبعة الأولى، ص10.

تعرف العقود المبرمة عن بعد بأنها تلك العقود التي تتم ما بين غائبين، وبتعبير آخر يعرف العقد المبرم عن بعد بأنه : التعاقد الذي لا يجمع المتعاقدين فيه مجلس عقد واحد يكون بينهما فيه اتصال مباشر، بحيث تنشأ في هذا النوع من التعاقد فترة من الزمن – مهما كانت صغيرة – تفصل ما بين صدور الإيجاب وعلم القابل به وصدور القبول وعلم الموجب به، فمثل هذه الفترة الزمنية لا توجد في التعاقد الذي يتم ما بين حاضرين يجمعهما مجلس عقد واحد، إذاً نخلص بالقول إلى أن التعاقد الذي يتم ما بين غائبين يقع بأحد طرق المراسلة كإرسال الرسائل أو إرسال البرقيات، أو عن طريق استخدام رسول لا تثبت له صفة النيابة[1]، ومن الملاححظ أن هذه الرسائل التي تستخدم في التعاقد ما بين غائبين هي وسائل بطيئة نسبياً إذا ما قورنت بوسائل اتصال أخرى أكثر حداثة هي وسائل الاتصال الفوري كالهاتف الخلوي والتلكس والفاكسميل، والتي تمتاز بالسرعة وبشيوع استخدامها في إبرام العقود ما بين غائبين، فالمتعاقدان ومن خلال استخدام أحد هذه الوسائل يتبادلان الإيجاب والقبول كما لو كانا مجتمعين في مجلس عقد واحد، مع أن الواقع هو عكس ذلك تماماً.

ويعد الهاتف الخلوي من وسائل الاتصال الفوري التي تكون فيه الفترة الزمنية التي تفصل ما بين صدور الإيجاب وصدور القبول قصيرة جداً تصل إلى درجة التفاهة من حيث القيمة المترتبة على حسابها، وبناءً على ذلك نرى أولاً أن العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي هو أحد أنواع العقود المبرمة عن بعد التي تتم ما بين غائبين – من حيث المكان– ونرى ثانياً أن العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي يندرج ضمن العقود المبرمة عن بعد والتي تتم من خلال استخدام أحد وسائل الاتصال الفوري الحديثة، وهذا ما يتطلب بالضرورة أن تحترم القواعد الخاصة بالتعاقد

---

[1] الصدة، عبد المنعم، مرجع سابق، ص140.

المبرم عن بعد باستخدام أحد وسائل الاتصال الفوري [1]، ونرى ثالثاً وأخيراً أن العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي هو عقد متميز بالطريقة التي ينعقد بها.

ثانياً: العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي عقد متميز بالطريقة التي ينعقد بها:

لقد درج معظم الشرّاح في تعريفهم للعقد المبرم عبر الهاتف الخلوي على تعريف التجارة الإلكترونية ابتداءً بوصفها الميدان الذي يظهر فيه هذا النوع من العقود بكثرة، فالتجارة الإلكترونية تعتبر – بداهةً – نوعاً من أنواع التجارة، والتجارة كما نعلم هي عبارة عن ممارسة الأعمال التجارية التي حددها المشرع التجاري على وجه الاعتياد، وهذا يقودنا إلى القول بأن التجارة الإلكترونية هي ببساطة ممارسة أحد أو بعض أو كل الأعمال التجارية التي حددها المشرع التجاري على وجه الاعتياد من خلال استخدام وسيلة إلكترونية، وبذلك لا تختلف التجارة الإلكترونية من حيث مضمونها وممارسيها عن التجارة التقليدية، وإنما جاءت خصوصيتها من طبيعة الوسائل التي تستخدم لممارستها وبوجه خاص من الطريقة التي تنعقد وتنفذ بها العقود باستخدام تلك الوسائل والتي تشكل في مجملها مكونات التجارة الإلكترونية[2].

وفي واقع الحال أصبحت التجارة الإلكترونية مشروعاً عملاقاً ومتكاملاً في البيئة الإلكترونية، فوجدت وأنشأت نتيجة لذلك أعداد هائلة من المتاجر والمؤسسات الخدمية ذات الوجود الافتراضي على الشبكة، ودون وجود فعلي لها على الأرض بالنسبة للزبون المتعامل عبر الإنترنت وليس بالنسبة لجهة إدارة الموقع، وعلى أي حال وبعيداً عن الخوض في التجارة الإلكترونية نقول أن العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي يمتاز بخصوصية تتركز في الأساس حول

---

[1] مجاهد، أسامة (2009). خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ص40.

[2] مجاهد، أسامة، مرجع سابق، ص35-36.

الدول الذي يلعبه العامل أو العنصر الإلكتروني في انعقاده وتنفيذه وإثباته[1]، وعدا عن ذلك فهو لا يختلف عن غيره من العقود، فهو يرد على كل الأشياء من سلع أو خدمات ما لم تكن خارجة من نطاق التعامل بحكم القانون أو بحكم طبيعتها، وكذلك فإن أطرافه لا يختلفون في وضعهم القانوني عن أطراف أي عقد آخر من بائعين أو مشترين أو مقدمي خدمات[2].

ثالثاً: مجال العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي:

إن الفرق الأساسي بين العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي وبين بقية العقود الأخرى يكمن في الدور الذي يلعبه العنصر الإلكتروني أو التقنية الإلكترونية التي يمتاز بها الهاتف الخلوي، وما ينجم عنها من خصوصية في انعقاده وتنفيذه وإثباته، وعدا عن ذلك فالعقد المبرم عبر الهاتف الخلوي لا يختلف عن غيره من العقود الأخرى، ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أن تحديد منطقة أو مجال العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي هو مثار اهتمام، حيث أن هذا النوع من العقود يقع ضمن منطقة القانون الخاص، وبالأحرى فإنه يقع في دائرة المعاملات المالية التي يحكمها القانون الخاص، ونود أن نشير إلى أننا قمنا بتحديد مجال العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي بشكل غير مباشر عندما وضحنا مدى مشروعية إبرام مثل هذا النوع من العقود وفقاً لكل من القانون المدني وقانون المعاملات الإلكترونية الأردنيان، فلا داعي للتكرار هنا.

وعلى أي حال، فإنه يمكننا أن نعرف العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي كخلاصة من جميع ما سبق ذكره بأنه عبارة عن نوع من العقود المبرمة عن بعد ما بين غائبين من حيث المكان باستخدام وسيلة اتصال فوري هي الهاتف الخ لوي، وهذا التعاقد يتم بالكتابة من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية أو بالصوت عبر تبادل الحديث أو عبر استخدام تقنية تبادل الصوت

---

(1) المنصور، أنيس، والشرايري، قيس، مرجع سابق، ص17.

(2) مجاهد، أسامة، مرجع سابق، ص39.

والصورة معاً، وهو عقد متميز بالطريقة التي ينعقد بها حيث يتلاقى الإيجاب والقبول عن بعد مكونين بذلك اتفاقاً[1] بفضل التفاعل[2] ما بين الموجب والقابل وذلك على نحو لا يخرج فيه ذلك الاتفاق عن النطاق الذي حدده وسمح به القانون لإبرام مثل هذا العقد.

الفرع الثاني: خصائص العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي:

بعد أن بينا معنى العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي، يجب علينا أن نحدد خصائصه، وبيان خصائص هذا العقد يعني تحديد ما يتميز به لاستظهار النظام القانوني الذي يحكمه، مما يساعد على حل كثير من المسائل القانونية المتعلقة به مثل طبيعته وتكييفه وما نحو ذلك.

أولاً: من حيث طبيعته القانونية:

لا يختلف العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي عن غيره من العقود الأخرى، إلا أن الفرق الأساسي بينه وبين العقود التقليدية الأخرى يكمن في الدور الذي يؤديه الوسيط الإلكتروني [3] المستخدم في إبرام العقد، وما ينجم عن ذلك من خصوصية في طريقة انعقاده.

يعد العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي من العقود المبرمة عن بعد التي تتم ما بين غائبين – من حيث المكان والزمان – والتي يقابلها العقود التي تبرم بحضور المتعاقدين في مجلس عقد[4] واحد يكون بينهما اتصال مباشر، إلا أن ما يميز التعاقد عبر الهاتف الخلوي عن التعاقد

---

[1] لقد عرفته المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني تحت مسمى العقد الإلكتروني وهو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً.

[2] التفاعل الذي نقصده هو إمكانية تبادل المعلومات التي تشكل الإيجاب والقبول بين القابل والموجب.

[3] تعرف المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني الوسيط الإلكتروني بقولها : برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء رسالة معلومات أو إرسالها أو تسلمها دون تدخل شخصي.

[4] مجلس العقد اصطلاح شرعي يقصد به المكان الذي يضم المتعاقدين ويبقيان فيه منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل . لمزيد من التفصيل عن هذا المصطلح راجع : العلامة السنهوري، أحمد عبد الرزاق، مرجع سابق، ص6.

الذي يتم ما بين غائبين والذي يقع بإحدى طرائق المراسلة كإرسال الرسال أو إرسال البرقيات، هو أداة التعبير عن الإرادة، إذ يعتمد التعبير في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي على البيانات أو المعلومات المتبادلة إلكترونياً، في حين أن التعبير في التعاقد بالمراسلة يتم بالطرائق التقليدية كالرسائل المكتوبة.

وعليه، يمكننا إدراج العقد الإلكتروني ضمن طائفة العقود التي تبرم بين غائبين سواء ما يتعلق بزمان إبرام العقد أو مكانه.

ثانياً: من حيث تكييفه القانوني:

يتسم الإيجاب في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي – غالباً – بالعمومية، أي أن العقد الإلكتروني يكون مطروحاً للتعاقد لمن يرغب بذلك من الجمهور كافة، فهو عقد رضائي بطبيعته، وهذا بدوره يؤدي إلى ترسيخ صفة التفاعلية بين المتعاقدين[1].

وإننا نميل إلى الرأي [2] الذي يعد هذا العقد من العقود الرضائية، وليس من عقود الإذعان، لأن الخصائص التي يجب أن تتوافر في عقد الإذعان لا تتوافر في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي، فمن ناحية أولى، لا يتمتع الموجب عبر هذا الهاتف باحتكار قانوني، ومن ناحية ثانية فإن الخدمات المعروضة على الهاتف الخلوي، كتلك التي تقدمها بنوك المعلومات أو مزودي برامج الحاسوب من عقود نموذجية للمساهمين فيها عبر هواتفهم، يصعب القول بشأنها، إنها تتعلق بعقود تكون المنافسة فيها محدودة النطاق، نظراً إلى ما يتميز به الهاتف الخلوي من خصائص عديدة على رأسها أنه يتجاوز الحدود الجغرافية وسيادة الدول، ومن ثم تجعل المنافسة شريان الحياة والاستمرار والتطور فيما يتعلق بها . ومن ناحية ثالثة، فإن الإيجاب الصادر عبر

---

(1) مجاهد، أسامة، مرجع سابق، ص52.

(2) عبد الدائم، أحمد، مرجع سابق، ص7.

الهاتف الخلوي يؤكد لنا رضائية العقد، لأن الإيجاب يكون موجهاً إلى المشتركين به، ومن ثم فإن هذا العقد الرضائي بطبيعته بفضل صفة التفاعلية ما بين أطرافه . ومن ثم لا تنحصر حرية الموجب إليه بقبول التعاقد أو عدم قبوله، مما ينفي عن العقد الإلكتروني صفة الإذعان[1].

ثالثاً: من حيث مضمونه:

يعد العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي من حيث مضمونه، أي من حيث حقوق والتزامات المتعاقدين، من العقود التبادلية، وذلك على الرغم من عدم الحضور المادي المتعاصر للطرفين المتعاقدين بسبب بعدهما وانفصالهما عن بعضهما بعضا[2]، إلا أن ما يمتاز به من التفاعلية ما بين طرفيه تجعله تفاعلاً ما بين حاضرين في مجلس عقد واحد، ولكن هذا المجلس مجلس حكمي افتراضي[3].

وبذلك يكون العقد الإلكتروني المبرم عبر الهاتف الخلوي متميزاً عن غيره من العقود المبرمة عن بعد بخصوصيه التي تتبع من الطريقة، أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها، فهو لا يختلف من حيث الموضوع والأطراف عن سائر العقود الأخرى، حيث يمكن أن يرد العقد الإلكتروني على الأشياء والخدمات كلها التي يجوز التعامل فيها . أما عن أطرافه، فهم أنفسهم أطراف أي عقد آخر من بائعين ومشترين ومستأجرين ومقدمي جدمات ومستهلكين وأصحاب أعمال، سواء كانوا أشخاصاً قانونية طبيعية، أو معنوية، وسواء كانوا أشخاصاً قانونية عامة، أو خاصة[4]، إلا أن الشيء المميز لهذا العقد والمتعلق بأطرافه هو وجود طرف ثالث محايد يعمل

---

(1) Jacques Ghestin (1996). Traite de droit civil, la formation du contrat, 3ed, Delta, p. 76.

(2) مجاهد، أسامة، مرجع سابق، ص47.

(3) دودين، بشار، مرجع سابق، ص73.

(4) منصور، محمد حسين (2003). المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص19.

على توفير الضمان والأمان القانوني اللازم لإبرام مثل هذا النوع من العقود [1]، ويسمى هذا الطرف المحايد بالوسيط الإلكتروني.

رابعاً: من حيث أنه عقد متميز بالطريقة التي ينعقد بها:

يقوم إبرام العقد عبر الهاتف الخلوي على استخدام وسائل الاتصال الحديثة والتي تعرف بوسائل التبادل الإلكتروني للبيانات، وأهم هذه الوسائل الشابكة (الإنترنت) والبريد الإلكتروني والحاسوب والتلكس والفاكس، وكل ما من شأنه إيجاد بدائل للأشكال الورقية للاتصال وحفظ البيانات.

ومن ثم لا يختلف هذا العقد من حيث موضوعه وأطرافه عن سائر العقود التقليدية الأخرى، بحيث يمكن أن يرد محل العقد على الأشياء والخدمات كافة التي يجوز التعامل فيها قانوناً، وأطرافه هم أنفسهم أطراف أي عقد آخر من بائعين ومشترين ومستأجرين ومقدمي خدمات ومستهلكين.

ولكن ما يميز عن العقود التقليدية الأخرى فيما يخص أطرافه هو وجود طرف ثالث محايد يعمل على توفير الضمان اللازم لإبرام مثل هذا النوع من العقود يسمى هذا الطرف بالوسيط الإلكتروني، وما ينجم عن استخدام هذا الوسيط من اكتساب العقد المذكور خصوصية في طريقة انعقاده، فهو عقد متميز بالطريقة التي ينعقد بها.

خامساً: من حيث تنفيذه:

يمكن أن ينفذ العقد الإلكتروني عبر الهاتف الخلوي بإحدى طريقتين؛ الأولى : أن يتم تسليم الشيء، أو تقديم الخدمة عبر الشابكة (الإنترنت)، وفي هذه الحالة يمكن أن يتم التسليم أو التنفيذ بشكل متزامن، ومثال ذلك إجراء التعاقد بهدف الحصول على معلومات أو برامج معينة .

---

[1] دودين، بشار، مرجع سابق، ص74.

والثانية: لا يتم عبر الشبكة، وإنما يحصل المستهلك على محل العقد في المستقبل عن طريق البريد[1].

ويرى بعضهم[2] أن إمكانية التنفيذ للعقد الإلكتروني تفرضه ميزة التفاعلية بين الطرفين المتعاقدين، حيث إنه من ا لممكن أن تنفذ العقود الإلكترونية المبرمة عبر الهاتف الخلوي بشكل آني فووري، فيتم أداء الخدمات أو الحصول على بعض السلع بصورة سريعة وفورية، كذلك فإن الوفاء بالالتزامات قد يتم بشكل فوري وبمجرد انعقاد العقد، وهذا ما يزيل الفارق ما بين الفاصلين الزمنيين اللذين يفصلان ما بين صدور الإيجاب واقتران القبول به، وبذلك تحل المعاصرة وتنتفي فكرة الفاصل الزمني بينهما بشكل كلي.

بدورنا نرى أنه من غير الممكن عد العقد الإلكتروني عبر الهاتف الخلوي من العقود الفورية المتعاصرة؛ وذلك نظراً إلى وجود فاصل زمني بين وقت صدور القبول ول حظة العلم به من جهة، كذلك بين وقت صدور الإيجاب ولحظة علم القابل به من جهة أخرى، مما يحول هذا الفاصل الزمني دون إمكانية التنفيذ الفوري للعقد الإلكتروني.

سادساً: من حيث تفسيره:

لا نقصد بكلمة تفسير هنا إيضاح ما غمض من شروط، وإنما نقصد بها تحديد طبيعة العقد وتكملة ما نقص من أحكامه . والسؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو : هل العقد المبرم عبر إحدى الوسائل الإلكترونية الحديثة من العقود المسماة أم غير المسماة؟

إن مسألة عد العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي من العقود المسماة أو غير المسماة تتطلب منا توضيح الفرق بين هذه الع قود، ومن ثم بيان المعيار المعول عليه في تمييز العقود

---

(1) Olivier Iteanu (2009). Internet et le droit, Aspects juridiques du commerce electronique, p. 128.

(2) مجاهد، أسامة، مرجع سابق، ص51.

المسماة عن سواها من العقود غير المسماة . وأخيراً بيان هل يعد العقد الإلكتروني عبر الهاتف الخلوي عقداً مسمى أم غير مسمى؟

تعرف العقود المسماة بأنها : تلك العقود التي خصها المشرّع باسم معين، ونظمها لكثرة شيوعها في الحياة العملية[1]، وهذه العقود منها ما يرد على الملكية، وتشمل البيع والهبة والشركة والقرض والصلح، ومنها ما يقع على المنفعة، وتشمل الإجارة والإعارة، وأيضاً ما يقع على العمل، وتشمل المقاولة والعمل والوكالة والإيداع والحراسة، كذلك ما يقع في موضوع احتمالي غير محقق وتسمى عقود الغرر، وتشمل الرهان والمقامرة والمرتب مدى الحياة والتأمين، وهناك عقود التأمينات الشخصية (كعقد الكفالة)، والعينية (كعقد الرهن) [2].

في حين تعرف العقود غير المسماة بأنها : تلك العقود التي لم يخصها المشرّع باسم معين، ولم يقم بتنظيمها؛ وذلك لقلة شيوعها.

ولما كان الأصل حرية الإرادة في إنشاء ما تشاء من العقود في حدود النظام العام وحسن الآداب[3]، فإنه يستحيل حصر العقود غير المسماة.

يتضح من التعريفين المذكورين أعلاه أمران، أحدهما أن المعيار المعول عليه في تمييز العقود المسماة عن سواها من العقود غير المسماة هو التنظيم القانوني للأولى دون الثانية، وثانيهما أن فكرة العقود المسماة لا تقتصر على القانون المدني دون سواه من القوانين، إذ توجد عقود مسماة في القانون التجاري وقانون العمل وغيرهما من القوانين.

---

(1) العبيدي، علي هادي (2009). العقود المسماة، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، ص7.

(2) خصص المشرع الأردني الكتاب الثاني من القانون المدني رقم (43) لسنة 1976م لمعالجة موضوع العقود المسماة، وقد قسم هذا الكتاب إلى خمسة أبواب عالج فيها تلك العقود.

(3) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص18.

وجدير بالذكر أن انتشار عقد من العقود في التعامل بين الناس قد يدفع المشرّع إلى تنظيم أحكامه تنظيماً خاصاً، ومن ثم يصبح عقداً مسمى، إلا أن هذا الانتشار في حد ذاته لا يعد معياراً مميزاً للعقود المسماة عن العقود غير المسماة، كذلك فإن إطلاق تسمية على عقد من العقود في التعامل لا يجعله عقداً مسمى كعقد النشر وعقد النزول في الفندق، لذا يذهب بعضهم – بحق – إلى انتقاد مصطلح العقود غير المسماة، ويرى من الأفضل استخدام مصطلح عقود لم ينظمها القانون[1].

ومن ثم لا يوجد فارق عملي بين العقد المسمى والعقد غير المسمى، سوى أن الأول كثير الشيوع في التعامل بين الناس، فـرأى المشرّع أن يخصه بنصوص قانونية تفصل أحكامه؛ تسهيلاً على المتعاقدين وتكملة لإرادتهم، ويجوز للأطراف المتعاقدة مخالفة أحكامه في حدود النظام والآداب العامة.

أما العقد غير المسمى الذي لم يخصه باسم معين، فتطبق عليه النظرية العامة للعقد؛ نظراً إلى قلة تداوله. وبذلك فإن القواعد القانونية العامة الواردة في القانون المدني الأردني ضمن الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول تطبق على العقود المسماة وغير المسماة، في حين أن القواعد التي تنفرد بها بعض العقود المدنية تقررها الأحكام الخاصة المنظمة لها[2].

هذا ويلاحظ أن العقود المسماة في تطور مستمر، فقد يرى المشرّع أن عقداً ما يحظى بأهمية كبيرة في الحياة العملية ولم ينظمه، فإنه غالباً ما يتصدى لتنظيم أحكامه تنظيماً خاصاً، وعندئذ ينتقل العقد من عقد غير مسمى إلى عقد مسمى.

---

[1] فرج، توفيق حسن (1979). عقد البيع والمقاضيضة، مؤسسة الثقافة الجامعية، بيروت، ص8، الهامش (1).

[2] تنص المادة (89) من القانون المدني الأردني بقولها : 1- تسري على العقود المسماة منها وغير المسماة القواعد العامة التي يشتمل عليها هذا الفصل . 2- أما القواعد التي تنفرد بها بعض العقود المدنية فتقررها الأحكام الواردة في الفصول المعقودة لها، وتقرر قوانين التجارة القواعد الخاصة بالعقود التجارية.

نحن نرى إمكانية تطبيق ذلك على العقود الإلكترونية ومنها العقد عبر الهاتف الخلوي، إذ وجد المشرّع أن شيوعها وأهميتها في الحياة العملية تقتضي تنظيمها بأحكام خاصة؛ بهدف تطويرها لجعلها منسجمة مع متطلبات العصر الذي نعيش، وما فرضه علينا الوجود الواقعي للأساليب الحديثة لإبرام العقد التي جادت بها قريحة العقل البشري، وما أفرزه لنا هذا الواقع من ظهور التعاقد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة، وهذا ما فعله المشرّع الأردني عندما نظم العقد الإلكتروني بأحكام خاصة بموجب قانون المعاملات الإلكترونية رقم (85) لسنة 2001م.

بناءً على ما تقدم، نخلص إلى نتيجة مفادها أن التعاقد عبر الهاتف الخلوي يعد – في ظل القانون الأردني – من العقود المسماة؛ وذلك نظراً إلى الأهداف المستقاة من الأحكام والمسائل محل التنظيم في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني التي تتمثل بما يأتي:

أولاً: العمل على توفير التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية بما يكفل الثقة بها ويشجع رواجها في السوق الأردني.

ثانياً: الاعتراف بالوسائل الإلكترونية في التعاقد والإثبات ومنحها الحجية المقررة لوسائل التعاقد والإثبات القائمة في البيئة غير الإلكترونية.

المطلب الثالث: صور المعاملات الإلكترونية عبر الهاتف الخلوي:

إن بيان صور المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الهاتف الخلوي يتطلب منا بيان ماهية الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف الخلوي، ومن ثم نبين أنواع عقود الخدمات الإلكترونية التي تتم من خلال التعاقد عبر الهاتف الخلوي، وسأبحث هاتين المسألتين في فرعين.

الفرع الأول: ماهية الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف الخلوي:

تتنوع الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف الخلوي حسب موضوع الرسالة، ويمكن إجمالها فيما يلي[1]:

أولاً: رسائل الاستفسار : ويستوضح بها المرسل "المنشئط إما عن أشخاص أو بضائع أو قوانين أو عن أسعار أو عن أسباب عدم وصول البضائع مثلاً.

ثانياً: رسائل الرد على الاستفسار : ويجيب بها المرسل إليه على استيضاح المرسل إما إيجابياً كتوافر بضاعة أو سلبياً بعدم توافرها مثلاً.

ثالثاً: رسائل الطلب: بعد الاستفسار عن البضاعة وأسعارها والاطلاع على رسائل العرض يأتي دور رسالة طلب البضاعة التي تتميز ببيان الكمية المطلوبة ونوعها ومدة التسليم وشروطه.

رابعاً: رسائل تنفيذ الطلب: وهي التي بها يتعهد الموجب بتنفيذ الطلب مع بيان آلية التنفيذ.

خامساً: رسائل الشكاوى والاقتراحات: وتتضمن ملاحظات المستلم على البضاعة المستلمة.

سادساً: رسائل التأكيد : قد تتطلب المعاملات الإلكترونية وجود رسالة لتأكيد تنفيذ المعاملة ولا سيما إذا كانت المدة الزمنية ما بين طلب البضاعة وتاريخ طلب التنفيذ طويلة نسبياً.

سابعاً: الرسائل البنكية E-Banking: وهي الخاصة بالتعاملات البنكية التي تتطلبها البيئة التجارية والتي تسمح البنوك بتنفيذها من خلال الهاتف الخلوي.

ثامناً: رسائل التأمين : وهي عبارة عن الطلبات المختلفة المتعلقة بعمليات التأمين من خلال استكمال تعبئة النماذج الموجودة على المواقع الإلكترونية لشركات التأمين E-Insurance والمرسلة عبر الهاتف الخلوي.

---

(1) المطالقة، محمد فواز (2009). الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، ص69–70.

تاسعاً: الرسائل الإعلانية: وهي عبارة عن نشرات تجارية إعلانية تصدرها المؤسسات والشركات التجارية إما لأغراض الدعاية أو الإعلان لبضاعة أو عرض أسعار، من خلال الإعلان على الموقع الإلكتروني الخاص للمشترك عبر هاتفه الخلوي.

عاشراً: الرسائل الشاملة : وهي الرسالة التي تحتوي على عدة رسائل في آ ن واحد (طلب، وعرض، واستفسار).

الفرع الثاني: أنواع عقود الخدمات الإلكترونية التي تتم من خلال الهاتف الخلوي:

يقصد بعقود الخدمات الإلكترونية تلك العقود الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الهاتف الخلوي وبيان كيفية الاستفادة منها، فهي العقود التي تبرم ما بين القائمين على تقديم خدمات الهاتف الخلوي والمستفيدين منها، وتعتبر هذه العقود في تطور وتنوع مستمر [(1)]، ومن أهم تلك العقود ما يلي:

أولاً: عقد الدخول إلى الشبكة (عقد الاشتراك في الإنترنت): وهو العقد المبرم بين الجهة التي تقدم خدمة الهاتف الخلوي والعميل الراغب في استعمال الشبكة، وبموجب هذا العقد تقوم الجهة المقدمة لخدمة الاتصال بالإنترنت بتوفير الأدوات اللازمة لتمكين العميل من الدخول إلى الشبكة عبر هاتفه الخلوي، ثم القيام ببعض الخطوات الفنية اللازمة لتسجيل العميل الجديد، وذلك من خلال تفعيل برنامج معين موجود على جهاز الهاتف الخلوي الخاص بالعميل يتم بواسطته الربط مع شبكة الإنترنت مباشرة في مقابل سداد مبلغ معين يسمى برسوم الاشتراك، والتي يقوم العميل بدفعها إلى مقدم الخدمة في صورة اشتراك

[(1)] منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص126.

شهري أو سنوي أو من خلال بطاقة مدفوعة مسبقاً، مع تحمله أيضاً أجرة الاتصال بالشبكة على صورة مكالمات هاتفية أو دولية أو وطنية وذلك بحسب الاتفاق المبرم بينهما[(1)].

ثانياً: عقد خدمة المساعدة الفنية : ويطلق على هذه الخدمة عادة مصطلح الخط الساخن Hot Line، وهذا العقد يرمي إلى مساعدة المستخدم الحديث للهاتف الخلوي على مواجهة وتذليل الصعوبات الفنية أو التقنية التي قد تعترضه خاصة وأنه يقدم الضمان المناسب لحسن إتمام العمليات المرتبطة بممارسة التجارة الإلكترونية، وبشكل خاص إبرام العقد الإلكتروني الوارد على المنتجات ذات التقنية العالية، والملاحظ على هذه الخدمة أنها غالباً ما تدخل ضمن الإطار العقدي الخاص بعقد الدخول إلى الإنترنت بحيث تشكل جزءاً من ذلك العقد، أو أنه قد يتم الاتفاق عليها باعتبارها محلاً لعقد خاص[(2)].

ثالثاً: عقد الإيواء (عقد الإيجار المعلوماتي): وهو ذلك العقد الذي يلتزم من خلاله مقدم خدمة الهاتف الخلوي بأن يضع تحت تصرف المشترك جانباً من إمكانياته الفنية والتقنية المتعلقة بإمكانيات الأجهزة والأدوات المعلوماتية، وذلك بغية استعمالها لتحقيق مصالح هذا الأخير بالطريقة التي تناسبه، ومثال ذلك تخصيص مساحة قرص صلب أو شريط مرور يستقبل من خلاله مقدم الخدمة المعلوماتية والوسائل الخاصة بالمشترك ويتيح لها فرصة الدخول إلى شبكة الإنترنت، ويضمن بالتالي للمشترك تيسير استخدام ذلك الموقع الذي خزن فيه معلوماته، بحيث يتم تسليم الموقع إلى المستخدم بمجرد تزويده بوسيلة اتصال خاصة به، وعند هذه اللحظة يبدأ تنفيذ هذا العقد[(3)].

---

(1) مجاهد، أسامة، مرجع سابق، ص55-56.

(2) منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص27.

(3) منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص31-32.

رابعاً: عقد إنشاء المتجر الافتراضي : وهو ذلك العقد المبرم بين المشترك (التاجر) ومقدم خدمة الاشتراك في الهاتف الخلوي، أو أنه العقد المبرم ما بين المشترك (التاجر) وصاحب المركز التجاري الافتراضي على شبكة الإنترنت المرتبطة بالهاتف الخلوي، بحيث يلتزم مقدم الخدمة أو صاحب المركز التجاري بتخصيص موقع محدد ومرخص لن وع محدد من التجارة يفتح من خلاله متجر خاص بالمشترك على شبكة الإنترنت، فيقوم هذا الأخير تبعاً لذلك باستخدام برنامج معين يباشر بمقتضاه التجارة عبر الشبكة بشكل اعتيادي وبيسر وسهولة مع التزامه بدفع المقابل المالي لذلك، ويتضمن هذا العقد غالباً نوعين من الشروط: أولاً؛ شروط عامة تخضع لها كل المتاجر المشاركة في المركز التجاري، ومثال ذلك تقديم البيانات الشخصية الخاصة بالمشارك، وتقديم بيان مفصل للمنتجات والبضائع المعروضة، وتحديد اللغة التي يتم العرض بها، وتحديد الأسعار بوضوح مع بيان الضرائب ونفقات الشحن ومواعيد التسليم واحترام القوانين والأعراف السائدة وسبل الوفاء وإلى غير ذلك من أمور، ثانياً؛ شروط خاصة بكل متجر على حدة[1].

خامساً: عقد تقديم خدمة البريد الإلكتروني : وهو ذلك العقد الذي يخصص بمقتضاه مقدم الخدمة حيزاً معيناً على جهاز الهاتف الخلوي الخاص بالعميل والموصول بشبكة الإنترنت، وذلك لكي يتمكن العميل من إرسال واستقبال الرسائل الإلكترونية عبر صندوق خطاباته الإلكتروني، ويمكن أن ينشأ هذا العقد بشكل مستقل أو ضمن عقد الإيواء الذي سبق لنا بيانه[2].

---

(1) حسين، محمد عبد الظاهر (2002). المسؤولية القانونية في مجال شبكات الإنترنت، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ص81.

(2) منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص32.

سادساً: عقد الاشتراك في بنوك المعلومات أو قاعدة البيانات : وهو ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه مقدم خدمة الهاتف الخلوي بأن يضع تحت تصرف العميل مقابل اشتراك معين خدمة النفاذ إلى قاعدة المعلومات وذلك بتزويده بالوسائل الفنية التي تمكنه من الحصول على المعلومات التي يحتاجها، كتزويده بالبرنامج المقترن بالكود أو الرقم السري الذي ييسر له الدخول إلى قاعدة البيانات أو المعلومات، وهذا العقد يرتب على مقدم الخدمة التزام محله تقديم النصيحة والمشورة للعميل بهدف مساعدته للحصول على أفضل خدمة من خلال الحصول على المعلومات المناسبة، وذلك في مقابل قيام العميل باحترام تعليمات مقدم الخدمة بصدد عملية الدخول إلى قاعدة المعلومات وحسن استخدامها والمحافة على سريتها وخصوصيتها[(1)].

سابعاً: عقد إنشاء موقع على شبكة الإنترنت Web Site: وهو عقد يلتزم من خلاله مقدم الخدمة المعلوماتية بإنشاء موقع للعميل وذلك من خلال توفير عنوان بريد إلكتروني خاص به على القرص الصلب (Hard Desk) لجهاز الهاتف الخلوي المملوك له والمتصل بشبكة الإنترنت، بحيث يتمكن من التعامل عبر هذا الموقع من خلال الهاتف الخاص به، والموقع هو عبارة عن مكان ثابت أو واجهة خاصة بالعميل تمكنه من عرض كل ما لديه من منتجات أو خدمات أو معلومات، وتتم عملية إنشاء الموقع إم ا أصالة تحت اسم مستقل، وإما أن يتم ذلك من خلال موقع آخر، والأسلوب الأول يتميز بزيادة في الكلفة إلا أنه يحقق الاستقلال والاستقرار عبر الشبكة، ويقتضي إنشاء الموقع إبرام عقد مع الشركة المقدمة لخدمة الربط، وكذلك استيفاء الإجراءات الإدارية[(2)].

---

(1) مجاهد، أسامة، مرجع سابق، ص54.

(2) عبد العال، مدحت (2009). الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ص83.

الفصل الثالث

الأحكام القانونية الناظمة لإبرام العقد عبر الهاتف الخلوي

لما كان العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي يعد عقداً متميزاً بالطريقة التي ينعقد بها، فإن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو : هل يخضع هذا العقد للأحكام ذاتها التي يخضع لها العقد التقليدي، أم أنه يخضع لأحكام خاصة به؟

فمثلاً إذا أبرم عقد شراء محل تجاري، أو عقد ترخيص باستعمال علامة تجارية، أو عقد بيع عبر الإنترنت المرتبط بالهاتف الخلوي، فهل تخضع هذه العقود للأحكام العامة التي تنظمها، أم أنه يجب أن تخضع لأحكام خاصة بها؟

للإجابة عن هذا السؤال لا بد من الوقوف على جوانب قانونية تتعلق بالعقد المبرم عبر الهاتف الخلوي وذلك من خلال التطرق إلى أركان العقد (المبحث الأول)، وزمان انعقاده ومكانه (المبحث الثاني).

المبحث الأول

أركان العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي

يجب أن تتوافر في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي الأركان العامة المتطلبة في العقد التقليدي، ويجب أن يتم استيفاء بعض ما قد يفرضه القانون لانعقاد العقد، فضلاً عن توافر الأركان العامة[1].

---

[1] تنص المادة (90) مدني أردني على أنه : "ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب والقبول مع مراعاة ما يقرره القانون وفق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد".

وسأبحث هنا ركني الرضا والمحل، أما ركن السبب فإن ما ينطبق على مشروعية المحل ينطبق على مشروعية السبب، وعليه سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، أتناول في الأول ركن الرضا، وفي الثاني ركن المحل.

المطلب الأول: الرضا في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي:

الرضا هو توافق إرادتي المتعاقدين على إحداث الأثر القانوني المقصود من إبرام العقد، ويجب أن يكون صحيحاً غير مشوب بأي عيب من عيوب الرضا وهي في القانون المدني الأردني الإكراه والغلط والتغرير المقترن بغبن فاحش[(1)].

وسنقف في هذا المطلب على كيفية وجود الرضا في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي، وثم سلامة الرضا، وذلك في فرعين.

الفرع الأول: وجود الرضا عبر الهاتف الخلوي:

إن الحديث عن وجود الرضا عبر الهاتف الخلوي يتطلب بيان التعبير عن الإرادة عبر الهاتف الخلوي ومن ثم تحديد الوقت والمكان الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره عبر الهاتف الخلوي.

أولاً: التعبير عن الإرادة في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي:

يتم التعبير عن إرادتي الطرفين المتعاقدين من خلال الرضا الذي يعد أحد الأركان الأساسية في إبرام العقد، والتعبير عن الإرادة في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي يتم عن طريق رسالة المعلومات وفقاً لما نصت عليه المادة (13) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بقولها: "تعد رسالة التزام تعاقدي"، وبالرجوع إلى المادة الثانية من هذا القانون نجد أن المقصود

---

(1) انظر المواد من 135–156 مدني أردني.

بمصطلح "رسالة المعلومات" هي: المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ الرقمي، وقد حددت المادة ذاتها المقصود بمصطلح (المعلومات) بقولها: هي البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك.

يتضح من النصوص المتقدمة، أن قانون المعاملات الإلك ترونية الأردني قد أنها جدلاً كبيراً في وسيلة التعبير عن الإرادة في العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية ومنها الهاتف الخلوي، ومن ثم فإن رسالة المعلومات تصلح لإنشاء العقود، أو إلغائها، أو فسخها[1].

وقد حددت المواد (14–16) من هذا القانون المعايير التي تُراع ى عند إرسال رسالة المعلومات التي تعبر عن رضا الموجب أو رضا القابل أو استلامها، فقد نصت المادة (14) على أنه: "تعد رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه، أو بوساطة وسيط إلكتروني معد للعمل أتوماتيكياً بوساطة المنشئ أو بالنيابة عنه". وقد حددت المادة الثانية من ذات القانون المقصود بمصطلح "المنشئ" بقولها: "الشخص الذي يقوم بنفسه أو بواسطة من ينيبه بإنشاء رسالة المعلومات قبل تسلمها وتخزينها من المرسل إليه "، كذلك فقد حددت المادة ذاتها المقصود بمصطلح المرسل إليه بأنه : " الشخص الذي قصد المنشئ تسليمه رسا لة المعلومات".

وقد نظمت المادة (15) من القانون نفسه أحكام استلام المرسل إليه رسالة المعلومات بقولها: "أ– للمرسل إليه أن يعد رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ وأن يتصرف على هذا الأساس في أي من الحالات الآتية: 1– إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة معلومات سبق أن

---

[1] عرب، يونس (2003–2004). قانون تقنية المعلومات والتجارة الإلكترونية، إعداد نقابة المحامين الأردنيين، عمان، الطبعة الأولى، ص24.

اتفق مع المنشئ على استخدامه لذلك الغرض للتحقق من أن الرسالة صادرة عن المنشئ، 2- إذا كانت الرسالة التي وصلت للمرسل إليه ناتجة من إجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ أو من ينوب عنه مخول بالدخول إلى الوسيلة الإلكترونية المستخدمة من أي منهما لتحديد هوية المنشئ، ب- لا تسري أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة في أي من الحالتين الآتيتين : 1- إذا استلم المرسل إليه إشعاراً من المنشئ يبلغه فيه أن الرسالة غير صادرة عنه، فعليه أن يتصرف على أساس عدم صدورها عن المنشئ ويبقى المنشئ مسؤولاً عن أي نتائج قبل الإشعار، 2- إذا علم المرسل إليه أو كان بوسعه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ".

ونرى أن الحالة الثانية التي نصت عليها الفقرة (ب) من هذه المادة فيما إذا تحققت فإننا سنكون أمام واقعة ماديةتتصل بظروف الإرسال والاستلام، ومن ثم يجوز إثباتها بطرائق الإثبات كلها.

في حين عالجت الم ادة (16) من ذات القانون مسألة إعلام المرسل إليه المنشئ تأكيداً يتعلق باستلام الرسالة الإلكترونية، إذ تنص على أنه : "أ- إذا طلب المنشئ من المرسل إليه بموجب رسالة المعلومات إعلامه بتسلم تلك الرسالة أو كان متفقاً معه على ذلك، فإن قيام المرسل إليه بإعلام المنشئ بالوسائل الإلكترونية أو بأي وسيلة أخرى أو قيامه بأي تصرف أو إجراء يشير إلى أنه قد استلم الرسالة يعد استجابة لذلك الطلب أو الاتفاق، ب- إذا علق المنشئ أثر رسالة المعلومات على تسلمه إشعاراً من المرسل إليه بتسلم تلك الرسالة، تعامل الرسالة وكأنها لم تكن إلى حين تسلمه ذلك الإشعار، ج- إذا طلب المنشئ من المرسل إرسال إشعار بتسلم رسالة المعلومات ولم يحدد أجلاً لذلك ولم يعلق أثر الرسالة على تسلمه ذلك الإشعار، فله في حالة عدم تسلمه الإشعار خلال مدة معقولة أن يوجه إلى المرسل إليه تذكيراً بوجوب إرسال الإشعار خلال مدة مح دة تحت طائلة اعتبار الرسالة ملغاة إذا لم يتسلم الإشعار خلال هذه

المدة، د- لا يعد إشعار التسليم بحد ذاته دليلاً على أن مضمون الرسالة التي تسلمها المرسل إليه مطابقاً لمضمون الرسالة التي أرسلها المنشئ".

نستنتج من النصوص القانونية السابقة أن رسالة المعلومات، مهما كان شكلها، المرسلة عبر الهاتف الخلوي أو التي يوجهها المنشئ، هي إيجاب وتحتاج إلى قبول يصدر عن المرسل إليه حتى ينعقد العقد، وذلك وفقاً للضوابط التي وضعتها المواد من (14-16) المذكورة سابقاً.

وقد يكون الإيجاب باتخاذ المنشئ (الموجب) موقفاً معيناً يفهم منه الإيجاب صراحةً، فعرض صاحب الموقع الإلكتروني على الإنترنت المرتبط بالهاتف الخلوي لبضائعه، أو خدماته على الزائرين للموقع مع بيان أثمانها، يعد إيجاباً صريحاً من صاحب هذا الموقع بأن يبيع هذه البضائع أو الخدمات بالثمن الذي يبينه، وعلى هذا نصت المادة (1/94) مدني أردني بقولها : "1- يعد عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً".

أما القبول الصادر عن المرسل إليه فقد يتم من خلال البريد الإلكتروني عن طريق استعمال رسائل المعلومات الإلكترونية وتبادلها ما بين الموجب والقابل بحيث تتضمن الرسالة الإلكترونية العناصر اللازمة لإتمام العقد كلها، ومنها البيانات اللازمة لتحديد شخصية كل من المتعاقدين، والمسائل الجوهرية والتفصيلية لمحل العقد المراد إبرامه، وما إلى هناك من ضرورات تعاقدية قد يتطلبها العقد المراد إبرامه.

وقد يتم القبول أيضاً من خلال تقنية الويب عبر الإنترنت المرتبطةب الهاتف الخلوي، وقد يأتي هذا القبول على عدة أشكال، فقد يأتي على شكل رسالة إلكترونية، أو بمجرد الضغط

على أيقونة القبول (مؤشر نعم) مرة واحدة، وقد يأتي أخيراً عن طريق الضغط على أيقونة القبول أكثر من مرة، أي القبول مع التأكيد[1].

بالرجوع إلى القانون المدني الأردني، فإن السؤال الذي يثور : هل يجوز التعبير عن الإرادة من خلال الهاتف الخلوي في ظل القواعد العامة الواردة في القانون المذكور؟ وهل توجد طرق معينة لهذا التعبير؟ وما مدى ملاءمة القواعد العامة للإيجاب والقبول عبر الهاتف الخلوي؟ وأيضاً ما دلالة السكوت عبر الهاتف الخلوي المرتبط بأجهزة الحواسيب المنصوبة؟

للإجابة على هذه التساؤلات لا بد لنا من بيان أربعة مسائل هي : مفهوم إجازة التعبير عن الإرادة عبر الهاتف الخلوي، ومن ثم بيان وسائل التعبير عن الإرادة عن طريق الهاتف الخلوي، وكذلك لا بد من بيان الإيجاب والقبول عبر الهاتف ا لخلوي في ظل القواعد العامة الواردة في القانون المدني الأردني، وكذلك لا بد من بيان دلالة السكوت عبر الهاتف الخلوي المرتبط بأجهزة الحواسيب المنصوبة.

1- مفهوم إجازة التعبير عن الإرادة عبر الهاتف الخلوي:

يقصد بالإرادة أمر نفسي ينعقد به عزم الأطراف التي تروم التعاقد على إجراء العملية القانونية محل التعاقد بقصد إحداث أثر قانوني معين[2]، غير أن الإرادة مسألة نفسية لا يعلم بها سوى صاحبها، لذلك كان من اللازم التعبير عنها لإظهارها إلى الواقع الخارجي المحسوس، والأصل أنه لا يشترط في التعبير عن الإرادة شكل خاص أو صورة معينة[3]، فللشخص أن

---

(1) Chissick M., Kelman A. (2002). Electronic Commerce, Law and Practice, 3ed, London, p. 29.

(2) عبد الرحمن، حمدي (1999). الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، العقد – الإرادة المنفردة، دار النهضة، القاهرة، الطبعة الأولى، ص139.

(3) السنهوري، عبد الرزاق (1998)، مرجع سابق، ص174.

يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يراها مناسبة له، بشرط أن يكون لها مدلول يفهمه الآخرون [1]، وقد وردت نصوص قانونية عامة تدل على موضوع التعبير عن الإرادة وطرق هذا التعبي {، فقد نصت المادة (93) من القانون المدني الأردني على وسائل التعبير عن الإ رادة بقولها: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي"، وكذلك نظمت المادة (102) من القانون ذاته التعاقد بالها تف أو بأي طريقة مماثلة بقولها: "يعد التعاقد بالهاتف أو بأي طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد وأما فيها يتعلق بالزمان فيعد كأنه تم بين حاضرين في المجلس".

يستدل من العبارتين "…. باللفظ والكتابة وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي وعبارة بالهاتف، أو بأي طريقة مماثلة " الواردتين في النصوص أعلاه، أن القواعد العامة أجازت التعاقد بالهاتف الخلوي سواء تم التعاقد بالمخاطبة الهاتفية على نحو يسمع فيه كل من الطرفين كلام الآخر في اللحظة نفسها التي يصدر فيها الكلام أم بوساطة الرسائل الإلكترونية، فيستطيع المتعاقد أن يرسل عبر جهازه الخلوي رسالة إلى المتعاقد الآخر فتصل هذه الرسالة مستنسخة طبقاً لأصلها إلى المتعاقد الآخر، أما النسخة الأصلية للرسالة فتبقى لدى المرسل[2].

---

[1] الجمال، مصطفى، مرجع سابق، ص62.

[2] العبابنة، علاء الدين، والدويري، خالد محمد (2009). خصوصية الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد الأول، العدد الأول، ربيع الثاني/ نيسان، ص13.

2- وسائل التعبير عن الإرادة عن طريق الهاتف الخلوي:

إن وسائل التعبير عن الإرادة بصورة عامة هي : اللفظ، والكتابة، والإشارة، والمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وأي موقف آخر يدل على التراضي، وفي ضوء هذه الوسائل الاعتيادية للتعبير عن الإرادة يمكن إدراج التعبير عن الإرادة عن طريق الهاتف الخلوي حسب الوسائل الآتية في التعبير:

أ- التعبير عن الإرادة باللفظ:

يقصد باللفظ التعبير بالكلام أو بالقول [1]، ويعد اللفظ من أول وأقدم الطرق التي عرفها الإنسان في التعبير عن الإرادة في إنشاء العقود، فهو الأداة الطبيعية للتفاهم بين الأفراد في كشف المقاصد والرغبات، ومما لا شك فيه أن الألفاظ من أوضح الدلالات في الكشف عن تلك الإرادة[2]، ويمكن إدراج التعبير عن الإرادة بوساطة المكالمة الهاتفية الخلوية ضمن وسيلة التعبير عن الإرادة باللفظ وهو تعبير شفوي صريح، يشترط النعقاد التصرف به أن يؤديه اللسان بصورة مباشرة؛ أي أن يتكلم الموجب فيسمعه القابل نفسه، فيعبر عن قبوله بالكلام للشخص الموجب نفسه دون أن يكون بينهما وسيط يبلغ للطرف الآخر؛ لأنه في مثل هذا الفرض يكون التعاقد من قبيل التعاقد بالمراسلة[3].

ب- التعبير عن الإرادة من خلال الرسائل الإلكترونية:

يعد صندوق الرسائل إحدى الطرق الفنية المتبعة للتعبير عن الإرادة عبر الهاتف الخلوي، إذ بوساطة صندوق الرسائل الخاص بالمستخدم الذي يرغب في التعاقد، يتم التعبير عن

---

(1) دودين، بشار، مرجع سابق، ص84.

(2) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص42.

(3) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص28.

الإيجاب والقبول بسهولة من خلال لوحة المفاتيح في جهازه الخلوي [1]، وبهذا يختلف التعاقد عن طريق الهاتف الخلوي عن غيره من و سائل التعاقد بانخفاض تكلفة الاستخدام، والسرعة الفائقة جداً في إرسال الرسائل واستقبالها، ويمكن إدراج التعبير عن الإرادة بوساطة الرسائل المرسلة عبر الخلوي ضمن وسيلة التعبير عن الإرادة بالكتابة، وهي كتابة حديثة من نوع خاص تختلف عن الكتابة الاعتيادية التي تتم بخط اليد أو بالآية الكاتبة العادية، فهي كتابة إلكترونية لا تتم بين الأفراد إلا إذا كانت لديهم وسيلة اتصال مماثلة[2].

3- الإيجاب والقبول عبر الهاتف الخلوي في ظل القواعد العامة:

ينعقد العقد بتراضي الطرفين، ويتم هذا بتطابق الإيجاب والقبول المعبر عنهما صراحةً، أو ضمناً من قبل الموجب أو القابل كاملي الأهلية.

أ- الإيجاب عن طريق الهاتف الخلوي:

يعد الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام العقود كافة، ومنها التي تجري عبر الهاتف الخلوي، وقد عرفته الفقرة الأولى من المادة (91) من القانون المدني الأردني بأنه : "اللفظ الذي يصدر أولاً، ويستعمل عرفاً لإنشاء العقد"، ولم يشترط القانون شكلاً معيناً للإيجاب فيصح التعبير عنه بأي طريقة من طرق الاتصال، فهو كما يتم عن طريق الفاكس أو التلكس أو الإنترنت، فهو يتم الآن – وهذا ما يهمنا في هذه الدراسة – عن طريق المكالمة الهاتفية والرسائل ا لمرسلة عن طريق الهاتف الخلوي. ففي الحالة الأولى يُقدم الشخص عرضاً لشخص آخر وذلك بأن يخاطبه مباشرة عن طريق الهاتف الخلوي، فتبدأ فعالية الإيجاب بمجرد علم الموجب إليه الإيجاب، أما في الحالة الثانية فيبدأ الموجب إيجابه إلى الموجب له عن طريق رسالة مرسلة عبر جها زه

---

(1) رشدي، محمد، مرجع سابق، ص88.

(2) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص43.

الخلوي، ويشترط في الحالتين أن يكون الإيجاب كاملاً، ومحدداً تحديداً كافياً، وأن يكون حازماً يتضمن نية الموجب في الالتزام به، ويقصد بالشرط الأول أن يكون الإيجاب متضمناً العناصر الأساسية كافة لقيام العقد المراد إبرامه والتي يتسنى للموجب له الإحاطة بها [1]، فمثلاً لو كنا بصدد عرض للبيع فإنه يشترط للقول بوجود الإيجاب أن يتضمن تحديداً كافياً للمبيع والثمن [2]، ويعني الشرط الثاني اتجاه النية الجازمة لإرادة الموجب إلى إبرام عقد معين، مجرد أن يصدر من الطرف الآخر أي تعبير يشير إلى القبول[3]، فإذا لم تتحقق هذه النية فإن الإيجاب لا يكون قائماً كما لو صدر من الشخص مجرد دعوة للتعاقد، وإجراء مفاوضات عن طريق الهاتف الخلوي للتفاهم بشأن إبرام العقد، ففي هذه الحالة لا يكون هناك إيجاب وإنما مجرد دعوة إلى المفاوضة بشأن التعاقد[4].

يتضح لنا مما سبق أن الإيجاب في الهاتف الخلوي لا يختلف عن الإيجاب التقليدي الذي نعرفه، فالإيجاب هو نفسه وشروطه هي نفسها، ولكن وسيلة التعبير عنه مختلفة، فإذا كان هذا هو حال الإيجاب فهل يصدق الأمر نفسه على القبول في الهاتف الخلوي؟

ب- القبول عن طريق الهاتف الخلوي:

الإيجاب وحده لا يكفي لإتمام التعاقد، بل يستلزم إلى جانبه أن يصدر قبول مطابق من الطرف الآخر لهذا الإيجاب وبذلك يتم العقد، ولهذا عرفت المادة (87) من القانون المدني الأردني العقد بأنه : "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على

---

(1) عبد الرحمن، حمدي، مرجع سابق، ص143.

(2) انظر: نص المادة (466) مدني أردني.

(3) زكي، محمود جمال الدين (1997). الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، القاهرة، دون دار نشر ودون طبعة، ص78.

(4) نصير، يزيد أنيس (2003). التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن، كلية الحقوق، الكويت، العدد الرابع، ص99.

وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه ال تزام كل منهما بما وجب عليه للآخر ". والقبول هو التعبير الصادر من إرادة الموجه إليه الإيجاب برضاه بإبرام العقد بالشروط الواردة في الإيجاب[1]، وقد يعبر عن القبول عن طريق الهاتف الخلوي صراحةً أو ضمناً، ويكون القبول صريحاً إذا تضمن الرضا الصريح بإبرام التعاقد [2] كأن تأتي صيغة الإيجاب خلال المكالمة الهاتفية من البائع بأنه يبيع السلعة بـ (500) دينار مثلاً، ويأتي القبول من المشتري بأنه قبل البيع، أو أن تأتي صيغة الإيجاب من البائع من خلال رسالة يرسلها عبر جهازه الخلوي، ويرد المشتري على تلك الرسالة برسالة أخرى يرد فيها صراحة بأنه قد قبل الإيجاب، فيكتب مثلاً في الرسالة المرسلة عبر جهازه الخلوي بأن : "عرضكم وتاريخه كذا مقبول"[3]، ويكون القبول ضمنياً إذا قام القابل بعمل أو تصرف يفيد الموافقة على الإيجاب دون أن يرد عليه صراحة بلفظ القبول، كأن يقوم القابل بتهنئة الموجب على إبرام الصفقة أثناء المكالمة الهاتفية، أو أن يقوم بإرسال رسالة عبر جهازه الخلوي يهنئ فيها الموجب على إبرام الصفقة [4]، ولا يكفي القبول المعبر عنه صراحةً أو ضمناً عن طريق الهاتف الخلوي، بل يجب أن يصدر القبول والإيجاب لا يزال قائماً، ففي حالة إبداء الموجب إيجا به إلى الموجب له عبر الهاتف الخلوي يجب أن يكون القبول فورياً قبيل الانتهاء من المحادثة أو المحاورة، فإذا لم يعلن الموجب له رغبته في القبول، أو لم يتفوه بعبارة القبول يعد الإيجاب كأنه لم يكن ولا يمكن أن يلحقه قبول حتى لو أجريت محاورة أو مكالمة جديدة، ومن الشروط الأخرى التي يتعين توافرها في القبول أن يكون مطابقاً للإيجاب[5]، فإذا لحق الإيجاب زيادة أو نقص فيه فإن العقد لا ينعقد، ويعد مثل هذا القبول

---

(1) العبابنة، والدويري، مرجع سابق، ص24.

(2) نصير، يزيد، مرجع سابق، ص100.

(3) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص32.

(4) المنصور، والشرايري، مرجع سابق، ص21.

(5) نصير، يزيد، مرجع سابق، ص100.

رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً [1]، كأن يرسل البائع رسالة عبر جهازه الخلوي بأنه يبيع السلعة بـ (1000) دينار ويأتي القبول من المرسل إليه (المشتري) برسالة عبر جهازه تفيد بأنه قبل البيع بـ (800) دينار، ففي هذه الحالة يعد القبول رفضاً للإيجاب.

4- دلالة السكوت عبر الهاتف الخلوي المرتبط بأجهزة الحواسيب المنصوبة:

قد يثار التساؤل عن حكم دلالة السكوت عبر الهاتف الخلوي المرتبط بأجهزة الحواسيب المنصوبة في أماكن معينة والتي تكون مبرمجة سلفاً للقيام بأداء الأعمال وتنفيذها، وهل يمكن اعتبارها نوع من الإيجاب الدائم أم سكوتاً وبالتالي فلا وجود للإيجاب هنا بتاتاً؟

لا يعد السكوت المجرد، وهو موقف سلبي محض، تعبيراً عن الإرادة حيث إنه : "لا ينسب إلى ساكت قول" وهذه قاعدة شرعية[2] وقانونية مدنية كلية[3].

فالسكوت المجرد لا يصلح كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة لا في الإيجاب ولا في القبول كقاعدة عامة، إلا أنه في القبول، فإن السكوت المجرد إذا اقترن بظروف أخرى صار ملابساً وأمكن تفسيره على أن الإرادة واضحة لإحداث الأثر القانوني.

أما بخصوص الإيجاب بالسكوت، فالتعبير عن الإرادة هنا لا يمكن أن يكون عن طريق السكوت المحض، وإنما يأتي عن طريق اتخاذ موقف معين، ومثاله عرض البضائع على المستهلكين وبيان ثمنها، فيعتبر إيجاباً صريحاً بنص القانون، وعلى هذا نصت المادة (4/94) مدني أردني بقولها: "1- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً".

---

[1] السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص280.

[2] انظر: حيدر، علي (دون سنة نشر)، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الجزء الأول، ص59.

[3] انظر: نص المادة (95) مدني أردني.

وقد نص المشرّع الأردني على أنواع من السكوت الملابس، إذ تنص المادة (95) مدني أردني على أنه: "1- لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولاً، 2- ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه".

من خلال تحليلنا السابق الذكر لدلالة السكوت بصفة عامة، فإن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو: ما مدى ملاءمة تطبيق هذه الاستثناءات في مجال الهاتف الخلوي؟ وما حكم الهاتف الخلوي المرتبط بأجهزة الحواسيب المنصوبة في أماكن معينة؟ وهل يمكن اعتبارها نوع من الإيجاب الدائم؟

أ- مدى ملاءمة تطبيق الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة بأنه : "لا يعد السكوت قبولاً" في مجال الهاتف الخلوي:

إن الاستثناءات التي أوردها القانون المدني الأردني على القاعدة العامة والتي تقضي بأنه: "لا يعد السكوت قبولاً " لا نستطيع تطبيقها في مجال التعاقد عبر الهاتف الخلوي، وذلك للأسباب التالية:

- أن هذه الاستثناءات تم النص عليها في ظروف سابقة ومختلفة عما هو حاصل الآن من تقدم و تطور كبير في الوسائل العلمية الحديثة في الاتصال ونقل المعلومات والبيانات الإلكترونية، وبخاصة في مجالات التجارة الإلكترونية التي تعتبر أحد سمات العصر الحاضر.
- أن ظرف التعامل السابق وإن كان يحدث كثيراً عبر المتجر الإلكتروني لا يكفي عملياً لاعتبار السكوت قبولاً، إلا إذا وجد اتفاق سابق على ذلك ما بين المتعاقدين، سواء كان هذا

الاتفاق صريحاً أو ضمنياً، بحيث لا يثير أدنى شك في اتجاه الإرادة إلى إحداث ذلك الأثر[1].

- لأن القبول يجب أن يكون صريحاً وواضحاً، ولأن القبول المتمثل بصورة الضغط على أيقونة القبول (مؤشر نعم) يستوجب أن يكون مدروساً بعناية، حيث أنه قد يؤدي إلى إلزام المتعامل بالتعاقد دون التأكد من سلامة إرادته[2].

ب- أما بشأن دلالة السكوت عبر الهاتف الخلوي المرتبط بأجهزة الحواسيب المنصوبة في أماكن معينة، فقد ذهب البعض[3] بحق إلى اعتبار مجرد وضع الجهاز لتادية عمل معين إيجاباً ويأتي القبول بعد ذلك متخذاً إما صورة صريحة أو ضمنية، فبموجب هذا الرأي، فإن مجرد وضع القطعة من النقد مثلا يعد قبولاً.

نرى بدورنا بأن وضع الحواسيب ونصبها في أماكن معينة للقيام بأداء بعض الأعمال والتي تكون مبرمجة سلفاً لتنفيذها أو أدائها، تعد بمثابة الإيجاب الدائم، فالشخص الذي يضع جهاز خلوي مرتبط بهذه الحواسيب فهو ليس بالساكت، لأنه اتخذ موقفاً إيجابياً صريحاً، وعليه فعرض التاجر لبضائعه على المستهلكين مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً من التاجر بأن يبيع هذه البضائع بالثمن الذي يبينه.

وهو ما ذهب إليه المشرّع الأردني في الفقرة الأولى من المادة (94) من القانون المدني الأردني بقوله: "1- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً".

---

(1) منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص71.

(2) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص33.

(3) الحكيم، عبد المجيد (1998). مصادر الالتزام، الطبعة الخامسة، بغداد، ص62.

أما القبول عبر الهاتف الخلوي المرتبط بأجهزة الحواسيب المنصوبة، فإنه يتم بالطلب الصادر من القابل إلى الجهاز لتنفيذ العملية أو أداء العمل المطلوب، أو هو تنفيذ العمل والأداء نفسه.

إن تقديم ما إذا كان جهاز الهاتف الخلوي المرتبط بالحاسوب وهو في حالة أو وضعية معينة، يعتبر إيجاباً أم لا، هي مسألة واقع يفصل فيها قاضي الموضوع، وبالتالي يجب أن ينظر قاضي الموضوع في كل حالة أو وضعية على حدة، ويدخل هذا الأمر في السلطة التقديرية له، ولا رقابة عليه من التمييز.

ثانياً: تحديد الوقت والمكان الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره عبر الهاتف الخلوي:

إن معرفة الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره عبر الهاتف الخلوي يتطلب التفريق بين العقد المبرم عن طريق المكالمة الهاتفية الخلوية والعقد المبرم عبر رسائل الهاتف الخلوي، ففي الحالة الأولى تكون الأمور واضحة ومحددة؛ ذلك لأن العاقدين لا يوجد ثمة فاصل زمني بينهما فتعبير أحدهما عن إرادته يصل إلى علم الآخر فو ر صدوره بفضل وسيلة الهاتف الخلوي التي يسرت التخاطب للغائبين [1]، فالمكالمة المتبادلة بينهما تجري بصورة آلية ودون وجود فاصل زمني، فباستطاعة الطرفين والحالة هذه التأكد في مدة واحدة من تلاقي إرادتهما باقتران قبول أحدهما بإيجاب الآخر، ولذلك كان من الطبيعي أن يأ خذ التعاقد بالهاتف سواء العادي أم الخلوي حكم التعاقد نفسه بين أشخاص حاضرين من حيث زمان الانعقاد [2]، وعلى هذا نصت المادة (101) من القانون المدني الأردني على أنه : "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعد التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان الذي ص در فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

---

(1) دودين، بشار، مرجع سابق، ص90.

(2) الصرايرة، منصور، مرجع سابق، ص835.

ولكن الصعوبة تبرز في الحالة الثانية إذ إن تحديد الوقت الذي ينتج فيه القبول أثره عن طريق رسائل الخلوي يختلف باختلاف النظرية التي يأخذ بها، فإذا أخذنا بنظرية صدور القبول أو إعلانه التي يأخذ بها ا لقانون المدني الأردني، فإن العقد ينعقد بمجرد أن يعلن القابل إرادته وحتى قبل أن يرسل الرسالة بخلاف لو أخذنا بنظرية العلم بالقبول فينعقد العقد عندما يعلم الموجب علماً حقيقياً بالقبول بأن يفتح صندوق الوارد من قائمة الرسائل، ويقرأ مضمون رسالة القابل الذي قبل فعلاً الإيجاب المعروض عليه، في حين اعتماد نظرية تصدير القبول يؤدي إلى انعقاد العقد عند موافقة القابل علںا لإيجاب الذي قدمه الموجب وقيامه بإرسال رسالة تفيد ذلك عبر الهاتف الخلوي، فيفقد القابل السيطرة على رسالته والتحكم فيها، وتظهر على شاشة جهازه الخلوي عبارة مفادها أن الرسالة قد أرسلت ولا يهم بعد ذلك وصول الرسالة إلى الموجب أم لا، في حين ينعقد العقد عبر رسائل الخلوي طبقاً لنظرية استلام القبول في اللحظة التي تصل فيها الرسالة إلى صندوق الوارد الخاص بالموجب دون إعطاء أي قيمة لفتح الرسالة، والعلم بمضمونها من قبل الموجب[1].

وبدورنا نرى أن نظرية تسلم القبول هي النظرية المثلى للتطبيق على الرسائل المرسلة عبر الهاتف الخلوي، وأن نظرية إعلان القبول التي أخذ بها المشرع الأردني ونظرية العلم بالقبول لا تفيان بالغرض، ذلك أنه إذا أخذنا بنظرية إعلان القبول والعلم بالقبول فسوف لا يعلم الموجب بقبول القابل؛ لأنه في الحالة الأولى لم يبعث رسالة قبوله فكيف يتسنى للموجب أن يعلم بالقبول، وفي الحالة الثانية حتى لو بعث بالرسالة إلى الموجب قد تضيع الرسالة، أو يتم رفضها إذا كان جهازه الخلوي مغلقاً.

وقد يثور التساؤل حول مدى أهمية المادتين (17-18) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في تحديد زمان إبرام العقد ومكانه عبر الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف الخلوي

---

(1) نصير، يزيد، مرجع سابق، ص48-49.

فيما يتعلق بتحديد الزمان الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره، فقد عالجته المادة (17) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بقولها: "أ- تعد رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ أو المرسل على ذلك، ب- إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة المعلومات لتسليم رسائل المعلومات فتعد الرسالة قد تم تسلمها عند دخولها إلى ذلك النظام، فإذا أرسلت الرسالة إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعد إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بالاطلاع عليها أول مرة، ج- إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فيعد وقت تسلم الرسالة عند دخولها إلى نظام معالجة معلومات تابعاً للمرسل إليه".

أما ما يتعلق بالمكان الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره، فقد تم تحديد هذا المكان بمكان إرسال رسالة المعلومات، وكذلك بمكان استلامها، وهذا ما تنص عليه المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية بقولها : "أ- تعد رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وإنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد مكان إقامته مقراً لعمله، ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه إليه قد اتفقا على غير ذلك، ب- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر لأعماله فيعد المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلم، وعند تعذر الترجيح يعد مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسلم".

في الواقع إن المادتين (17، 18) من قانون المعاملات الإلكترونية لن يكون لها أي فائدة عملية في تحديد زمان إبرام العقود ومكانها عبر الرسائل الإلكترونية الخلوية في ظل تبني المشرّع الأردني نظرية إعلان القبول؛ لأن كلتا المادتين السابقتين بحثتا مسألة زمان ومكان إرسال وتسلم رسائل المعلومات، وهي مسألة تمثل أهمية خاصة بالنسبة للدول التي تتبنى نظريتي تصدير (إرسال) القبول وتسليم (وصول) القبول، فإذا ما تبنت أي دولة أحكام قانون

الأونسترال النموذجي في التجارة الإلكترونية، وكانت القواعد العامة فيها تأخذ بنظرية تصدير القبول، فإن زمان انعقاد العقد وفقاً لأحكامها سيكون لحظة تصدير القبول، وهي هنا وفقاً لنص المادة (15) من القانون النموذجي لحظة دخول رسالة القبول إلى نظام خارج عن سيطرة المنشأ (القابل) أو من ينوب عنه، ويتحقق ذلك في الرسائل الإلكترونية بلحظة ضغط المرسل على زر الإرسال؛ لأن الضغط هنا على هذا الزر سيخرج الرسالة من سيطرة المنشئ، ويدخلها إلى نظام معلومات خارج عن سيطرته [(1)]، أما إذا تبنت دولة ما أحكام القانون النموذجي وكانت القواعد العامة فيها تأخذ بنظرية تسليم القبول، فإن ومان انعقاد العقد سيكون في لحظة تسليم القبول، وهو هنا دخول رسالة المعلومات التي تتضمن القبول إلى نظام المعلومات الذي حدده المرسل إليه (الموجب) [(2)]، وأخيراً بالنسبة للدول التي تأخذ بنظريتي إعلام القبول أو العلم به فإن أحكام القانون النموذجي الواردة في المادة (15) التي أخذ بنصها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لن تكون – في الواقع – مفيدة لهذه الدول؛ لأن كلا من نظريتي إعلان القبول أو العلم به لا تأخذان بعين الاعتبار لحظة إرسال رسالة المعلومات أو تسليمها، ما عدا استثناء وحيد على ذلك هو اتفاق المتعاقدين في هذه الدول على أن يعد العقد مبرماً في لحظة تصدير القبول أو تسلمه[(3)].

نخلص مما تقدم بأن المادتين (17، 18) لا يمكن الاستناد إليهما بغية تحديد زمان إبرام العقد ومكانه عبر الرسائل الإلكترونية المرسلة بوساطة الهاتف الخلوي، وعليه لا بد من الرجوع للقواعد العامة في القانون المدني، إذ نجد أن المادة (101) تنص على أن: "إذا كان المتعاقدان

---

(1) انظر تفصيلاً: الجنيهي، منير محمد، والجنيهي، ممدوح محمد (2011). قوانين الأونيسترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، ص143–145.

(2) الجنيهي، منير، والجنيهي، ممدوح، مرجع سابق، ص144.

(3) دودين، بشار، مرجع سابٌ، ص96.

لا يضم هما حين العقد مجلس واحد يعد التعاقد قد تم في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي غير ذلك".

يلاحظ على هذا النص أن المشرّع الأردني ترك المسألة لاتفاق العاقدين فإذا وجد اتفاق أخذ به، وإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق فعندها يحسم الم شرّع الأردني المسألة باعتناقه نظرية إعلان القبول، وهي نظرية لا تستقيم – كما سبق وأسلفنا – عند بحثنا لمختلف النظريات مع واقع التعامل عبر الرسائل الإلكترونية؛ لأنه وفقاً لهذه النظرية فإن تصفح المرسل إليه الرسالة المتوافرة في الصندوق الوارد الخاص به وقبوله له ا شفاهةً سيؤدي إلى انعقاد العقد، حتى لو لم يرسل المرسل إليه قبوله إلى المرسل، وبغض النظر علم به الأخير، أو لم يعلم.

الفرع الثاني: سلامة الرضا في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي:

يجب أن يكون الرضا صحيحاً، أي يصدر عن شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لإبرام العقد، وأن يكون خالياً من أي عيب من عيوب الرضا.

أولاً: الأهلية:

تطرح أهلية التعاقد عبر الهاتف الخلوي مشكلة مهمة، تتعلق بالتحقق من أهلية المتعاقدين، ويقصد بالأهلية هنا : ثبوت صفة المتعاقد الشخصية أو الوظيفية التي تعاقد على أساسها، ثم ثبوت كمال أهليته على النحو الذي يتطلبه القانون[(1)].

وتطرح هذه المشكلة المهمة بسبب الطبيعة التقنية والإلكترونية للهاتف الخلوي، فمن المتصور أن يكون أحد المتعاقدين ناقص الأهلية دون أن يكتشف أمره، وفي هذه الحالة نميل إلى الرأي الذي يرجح الوضع الظاهر إعمالاً لنظرية ظاهر الحال [(2)]، حماية للطرف حسن النية الذي عول على هذا الوضع وأبرم العقد على هذا الأساس، ونرى أنه يمكننا الاستناد في هذا الرأي إلى نص المادة (1/12) مدني أردني، والتي تنص على أنه : "1- يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي ال تصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

ثانياً: أما فيما يتعلق بعيوب الرضا:

فلا يثير التعاقد عبر الهاتف الخلوي أية مشكلة خاصة بسلامة الرضا من العيوب [(3)]، لذلك فإن ما ينطبق على عيوب الرضا (الإكراه، الغلط، التغرير مع الغبن الفاحش) عند إبرام العقود التقليدية ينطبق على العقود المبرمة عبر الهاتف الخلوي مع ضرورة مراعاة الحلول التي

---

(1) تنص المادة (116) مدني أردني على أن : "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون".

(2) عبد الدائم، أحمد، مرجع سابق، ص34.

(3) منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص144.

قد تطرحها الوسيلة الإلكترونية المستخدمة لإبرام العقد، وذلك بالتوافق مع الميزات التقنية لهذه الوسيلة والتي يجب مراعاتها من قبل المتعاقد وهو بصدد إبرام العقد عبرها.

المطلب الثاني: المحل في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي:

يستلزم القانون المدني الأردني لقيام العقد فضلاً عن ركن الرضا، أن يكون له محل [1]، والعقد المبرم عبر الهاتف الخلوي لا يخرج عن حكم القواعد العامة في هذا الشأن[2].

تشترط هذه القواعد لصحة محل العقد الشرائط الآتية:

1. وجوب أن يكون محل العقد موجوداً أو قابلاً للوجود.
2. وجوب أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين.
3. وجوب أن يكون محل العقد مشروعاً، داخلاً في دائرة التعامل، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

إلا أن الشريطة الثالثة المتعلقة بمحل العقد تطرح مشكلة، فقد يكون محل العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي يتعارض مع النظام العام في دولة معينة، في حين أنه يكون منسجماً مع النظام العام في دولة أخرى، وهذه المشكلة ناجمة بسبب الطبيعة العالمية لوسائل الاتصال الإلكترونية، الأمر الذي يتطلب ضرورة إيجاد الحلول التشريعية الملائمة لحل مشكلة الاختلاف في مشروعية محل العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية بين دولة وأخرى، ومنها الهاتف الخلوي.

---

[1] تنص المادة (157) مدني أردني على أنه: "يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه".

[2] انظر المواد من 158–164 مدني أردني.

ويرى بعضهم[1] في هذا الصدد ضرورة وجود نوع من التنسيق الدولي بخصوص التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة ولا سيما الهاتف الخلوي والإنترنت بحيث يتم أخذ طبيعتها العالمية بالحسبان على أساس أن الحل الذي يؤخذ به على المستوى الوطني دون مراعاة ما يجري في العالم سيؤدي على أساس أن الحل الذي يؤخذ به على المستوى الوطني دون مراعاة ما يجري في العالم سيؤدي إلى نتائج خطيرة، خاصة مع الاتجاه المستمر والمطرد نحو العولمة وما يعرف بالاقتصاد الرقمي.

كما تنهض إشكالية المحل في عدم رؤيته أثناء التعاقد، فعندما يبرم العقد عبر الهاتف الخلوي يكون هذا التعاقد بين غائبين الأمر الذي يؤدي إلى عدم رؤية محل العقد من قبل المتعاقد، فتحديد المحل في هذه الحالة يكون إما عن طريق الوصف أثناء المكالمة أو عن طريق الرؤية الحكمية من خلال الصورة التي يرسلها مالك المحل، وفي كلا الحالتين لا تتحقق ا لرؤية الحقيقية[2].

فالعقد الذي يبرم عبر الهاتف الخلوي لا يتيح للمتعاقد أني رى المبيع رؤية حقيقية حيث تعرض البضائع في مناخ تسطع فيه الأضواء وتزينه الألوان أو قد يوصف بالكلم إذا كان العقد عبر المكالمة الهاتفية، وكلا الحالتين تؤدي إلى إيهام المشتري [3]، هذا م ن ناحية، ومن ناحية أخرى عرض السلع عبر الهاتف الخلوي لا يخلو من الدعاية لها وبالتالي سوف يتعرض المشتري إلى ضغط نفسي يدفعه إلى التعاقد إضافة إلى عدم وجود السلعة [4]، لهذا يتوجب على المشرّع أن يحمي المتعاقد من التسرع في إبرام العقد من خلال إيجاد حلول تتفق مع ط بيعة هذه العقود،

---

(1) منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص150.

(2) مجاهد، أسامة، مرجع سابق، ص59.

(3) عبابنة، علاء الدينن والدويري، مرجع سابق، ص22.

(4) حجازي، عبد الفتاح بيومي (2002). النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ص227.

وقد حرصت التشريعات الحديثة على حماية المتعاقد حيث نصت على حلول لهذه الإشكالية، ومن أهم هذه الحلول هو حق الإعلام، وحق الرجوع.

أولاً: حق الإعلام:

يقصد بحق الإعلام هو أن صاحب السلعة أو الخدمة في العقود التي تبرم عبر الهاتف الخلوي حين يعلن عن سلعته أو خدمته يجب عليه ذكر البيانات الجوهرية وإبداء النصح على نحو يحقق علماً كافياً للطرف الثاني أي علماً نافياً للجهالة حتى نتمكن من القول إن إرادة الطرف الثاني كانت حرة حال تعاقده [1]، ومن أهم البيانات التي يلتزم صاحب السلعة بتوضيحها هي بيان المؤسسة المنتجة للسلعة وبيان الثمن وبيان خصائص السلعة والالتزام بتوضيح شروط البيع[2]، وتعد من قبيل شروط البيع المعلومات حول مدة سريان هذا العرض وبيان كيفية الوفاء وبيان التسليم والمدة التي يتطلبها، وكذلك الاتفاق على مقدار الغرامة، وأيضاً تحديد الضرائب وكلفة النقل[3].

وقد ذكر هذا الحق في التشريعات الحديثة[4] التي تعالج حماية المستهلك في العقود التي تبرم عبر الوسائل الإلكترونية ومنها الهاتف الخلوي.

---

(1) حجازي، عبد الفتاح بيومي، مرجع سابق، ص225.

(2) ميشيل، طوني عيسى (2001). التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت، المنشورات الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، ص288.

(3) الصرايرة، منصور، مرجع سابق، ص835.

(4) ومن أهم تلك التشريعات قانون حماية المستهلك الفرنسي الصادر في 1978، وقانون الاستهلاك الفرنسي الصادر في 1993م، والإرشاد الأوروبي الصادر في 1997م الخاص بحماية المستهلكين، والإرشاد الأوروبي الثاني حول التجارة الإلكترونية الصادرة في 2000م، وقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي الصادر في 2000م. مشار إليها لدى: المطالقة، محمد، مرجع سابق، ص241، في حين لا يوجد لدينا في الأردن حتى هذه اللحظة قانون خاص بحماية المستهلك.

ثانياً: حق الرجوع:

يعتبر هذا الحق من أهم الضمانات التي تحمي المشتري في العقود التي تبرم عبر الهاتف الخلوي من خلال الإعلان الذي يقوم به أصحاب السلع للترويج عن سلعهم، فنظرية عيوب الإرادة لا تنطبق على هذه الحالة لأن الإرادة تصدر صحيحة ولا يشوبها أي عيب، لكن ما يحدث هو تسرع من قبل المشتري بإبرام العقد نتيجة ضغط الإعلان على السلعة، في حين أنه لم ير السلعة رؤية حقيقية الأمر الذي يجعله في كثير من الأحيان يندم ولا يرضى بالسلعة التي اشتراها.

ومضمون حق الرجوع أن يكون للمستهلك حرية تامة في رد المبيع على الرغم من أن رد المبيع يعد اعتداءً على مبدأ إلزامية العقد، إلا أن المشتري لا يتعرض لأية مسؤولية ولا يطالب أن يثبت الضرر الذي أصابه لأنه يتمتع بحق أقره القانون له فلا يترتب عليه أي شيء سوى أن يرسل للبائع ويخبره بنيته بإرجاع المبيع[1].

وجميع القوانين التي أقرت هذا الحق قيدته بمدة معينة[2] لا بل ذهبت إلى أكثر من

---

(1) المطالقة، محمد، مرجع سابق، ص242، ومطلق، مراد، مرجع سابق، ص237.

(2) منع المشرع الفرنسي في تشريعه الخاص بالتعليم بالمرحلة الصادرة في 1971م للطالب الذي يتلقى العلم عن طريق المراسلة أن يرجع في تعاقده الذي سبق له أن أبرمه مع المؤسسة التعليمية وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ بدء التنفيذ، وكذلك أجاز المشرع الفرنسي في تشريع آخر خاص بالبيع والترويج للمشتري والرجوع في تعاقده والتحلل منه خلال سبعة أيام من التعاقد، وأيضاً أصدر المشرع الفرنسي في 1988م قانون حول البيع عبر المسافات والبيع عن طريق التلفزيون ليقر فيه صراحة الرجوع فأجاز للمشتري أن يرجع السلعة خلال سبعة أيام كاملة وأيضاً القانون الإنجليزي سلك نفس المسلك حيث أجاز للمشتري الرجوع خلال أربعة أيام تبدأ من تاريخ تسلم المشتري صورة من العقد ومن ثم عدل المشرع هذه المدة وجعلها خمسة أيام وإلى جانب المشرع الفرنسي والإنجليزي أجاز المشرع الألماني في القانون المتعلق بالبيع الوارد على القيم المنقولة للمشتري الحق في الرجوع خلال أسبوعين من وقت إبرام العقد . انظر في تفصيل ذلك : بن سعيد، لزهر، مرجع سابق، ص82-87.

ذلك حيث اشترطت أن يكون هذا الحق في معاملات معينة دون غيرها[1].

وعن موقف المشرّع الأردني من هذه الحقوق فقد خلا قانون المعاملات الإلكترونية من النص على هذه الحقوق، وترك الأمر للقواعد العامة رغم أن القواعد العامة جاءت لتنظيم العقود العادية فهي أيضاً لا تتمن مثل هذه الحقوق وبالتالي فإنها عاجزة في العقود الإلكترونية عن تنظيم مثل هذه الحالة.

من الملاحظ أن القواعد العامة نصت على حق التبصير لكن بصورة عامة ومختصرة حيث اشترطت المادة (466) من القانون المدني الأردني أن يكون المبيع معلوماً عند المشتري علماً نافياً للجهالة الفاحشة واعتبرت المبيع معلوماً عندما يبين أحواله وأوصافه المميزة له أو قد تكون الإشارة إليه كافية لتحديده، أي أن هذه المادة جاءت لتنص على الحق بالتبصير لكن بصورة مختصرة حيث انصب اهتمامها على المبيع فقط وتركت شروط البيع وكذلك اسم المؤسسة وغيرها من المعلومات التي تدخل ضمن حق التبصير، سيما قد يكون اسم المؤسسة المنتجة للمبيع من قبيل أوصافه في بعض الحالات، وهذا الإغفال لهذه الحقوق يعد ثغرة كبيرة على

---

(1) إن حق الرجوع ليس حقاً مطلقاً، فعلى سبيل المثال قد استثنى الإرشاد الأوروبي الخدمات المالية مثل خدمات الاستثمار والتأمين والخدمات المصرفية وعمليات تتعلق بتعاملات الأسهم المستقبلية أو البيوع التي تمت بواسطة ماكنات البيع الآلية والبيوع التي تتم من خلال أجهزة التلفون العمومية والعقود التي تتعلق بحقوق الملكية العقارية أو أي حق عيني عليها ما عدا عقود الإيجار التي ترد على العقارات وعقود المزاد العلني وأيضاً عقود تزويد المواد الغذائية والأطعمة والمشروبات أو أي سلع صنعت للاستهلاك اليومي التي أوصلت إلى بيت السكن أو مكان العمل وعقود الإسكان والنقل وخدمات الراحة والطبخ حين يتم الاتفاق على تزويد المستهلك في تاريخ معين أو ضمن مدة معينة، ومن ناحية أخرى قام المشرع التونسي أيضاً بوضع عدة استثناءات على حق الرجوع ونص عليها في الفصل (32) حيث جاء فيه "مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرية أو الخفية لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية: 1- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك، 2- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتجات لا يمكن إعادة إرسالها وتكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها، 3- عند قيام المستهلك بنزع عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية أو نقلها آلياً ". وأضاف الإرشاد الأوروبي إلى هذا النص السلع التي تعتمد على تقلبات السوق كشراء الذهب . انظر في تفصيل ذلك : عبابنة، علاء الدين، والدويري، مرجع سابق، ص24-25.

المشرع الأردني تلافيها، فعندما اعترف القانون بإبرام العقود عبر الوسائل الإلكترونية يجب أن ينظم هذه العقود من كل جوانبها ولا يترك هذه المسائل للقواعد العامة، فالقواعد العامة جاءت في زمن معين لتنظيم عقود معينة وهي لم تتطور لتستوعب أمور مستحدثة دخلت إلى الواقع بصورة كبيرة والوسائل الإلكترونية واحدة من أهم هذه الأمور.

هذا ويتفق الباحث مع من يرى أن حق الرجوع بالذات يحتاج إلى مبرر اجتماعي وهو النضوج الفكري والسلوكي داخل المجتمع، بمعنى أن إقرار مثل هكذا حق يجب أن يكون مبني على دراسة الواقع الاجتماعي فكل مجتمع يختلف عن الآخر من حيث تقاليده وعاداته ودرجة وعيه، فإن ما يخشى هو أن يتعسف المستهلك باستخدام هذا الحق الأمر الذي يؤثر على المعاملات المالية والتوازن العقدي[1].

لإيجاد حل لهذه المشكلة يرى الباحث أن يقر المشرع الأردني حق التبصير وحق الرجوع، ويقيد الأخير بشروط معينة كأن يقصره على عقود معينة دون غيرها، أو على سلع معينة تكون في أسعار معينة ويجب عند الرجوع أن تكون السلعة خالية من أي عيب قد يكون ناتجاً عن استعمالها أو عن نقلها أو غير ذلك، وأيضاً يجب أن يدرج المشرّع أهم شرط ألا وهو شرط المدة، فيجب أن يكون حق الرجوع مقيد بمدة معينة، ويرى الباحث مدة يومين من تاريخ تسلم السلعة كافية لاطلاع المشتري على السلعة وعلمه بأنها لا تفيده، وكذلك يجب على المشرع الأردني أن يضمن هذا الحق شروط أخرى تحد من تعسف الطرف المتعاقد صاحب الحق في استعماله فلا يلجأ إليه إلا إذا أصابه فعلاً ضرر من هذا التعاقد.

---

(1) عبابنة، علاء الدين، والدويري، مرجع سابق، ص25.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الأردني قد نص على الشروط التي يجب أن تتوافر في السبب، وهي وجوب أن يكون موجوداً، وأن يكون مشروعاً، وأن يكون صحيحاً[1].

ويخضع سبب العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي للأحكام العامة الواردة في القانون المدني، إلا ما ورد في شأنه نص خاص في القانون، وتجدر الإشارة هنا إلى أن ما ينطبق على مشروعية المحل ينطبق على مشروعية السبب.

المبحث الثاني

زمان ومكان انعقاد العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي

إن تحديد الزمان والمكان الذي يعد فيه القبول مطابقاً مع الإيجاب ترتبط به كثير من المصالح العملية الهامة، فتحديد وقت إبرام العقد كثيراً ما يترتب عليه انعقاد العقد من عدمه، فضلاً عن أن آثار العقد ذاتها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بوقت إبرام العقد، فابتداء من هذا الوقت يصبح العقد ملزماً لطرفين ومنتجاً لآثاره، كذلك فإن تحديد وقت إبرام العقد يتمتع بأهمية كبيرة باعتباره يؤثر على بدء سريان مهلة الخيار أو العدول، أو التقادم، أو فقدان أهلية أحد المتعاقدين، وغير ذلك من الآثار التي لا يمكن إعمالها إلا بتحديد زمان إبرام العقد[2].

كما يتمتع تحديد مكان إبرام العقد بأهمية كبيرة في معرض تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص الواجبة التطبيق على التعاقد، كذلك الأمر في تحديد المحكمة المختصة بنظر ما قد ينشأ عن العقد من منازعات[3].

---

(1) انظر: المواد 165-166 مدني أردني.

(2) عبابنة، علاء الدين، وأبو نصير، مالك حمد (2010). زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في القانون الأردني، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، العدد الثالث، المجلد الثالث، ص13.

(3) الصرايرة، منصور، مرجع سابق، ص835.

إن دراسة زمان ومكان انعقاد العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي يتطلب بيان تأثير الهاتف الخلوي على مجلس العقد، ومن ثم بيان النظريات التي تحكم التعاقد بين غائبين وموقف المشرع الأردني من هذه المسألة. وعليه سأخصص لكل مسألة من هاتين المسألتين مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول: تأثير الهاتف الخلوي على مجلس العقد:

يقصد بمجلس العقد أن يكون التعاقد بين حاضرين أي كل طرف يرى ويسمع الآخر بصورة مباشرة ويسمى هذا المجلس بالمجلس الحقيقي، وأيضاً يجوز أن يكون مجلس العقد حكمياً إذا كان الطرفان في مكانين مختلفين، وكان هناك تعاصر زمني بينهم مثل العقد الذي يبرم عبر الهاتف[1].

إن التعاقد عبر الهاتف الخلوي قد يكون بتقنية المكالمة الهاتفية والتي تعطي مستخدم الهاتف الخلوي القدرة على إجراء المكالمات كالهاتف العادي وإضافة إلى هذه التقنية فقد يكون العقد بالرسائل حيث أن الهاتف الخلوي يتميز بخاصية إرسال الرسائل الصوتية والنصية والمصورة.

اختلف الفقه في تأثير الهاتف الخلوي على مجلس العقد فيذهب أحد الفقهاء [2] إلى أن دور الهاتف في العقد يشبه دور الرسول في كلا الحالتين يعد التعاقد بين غائبين لأن الهاتف كالرسول في نقل الكلام، فالرسول هو شخص يقوم بإبلاغ التعبير كما يلقنه الشخص الذي بعثه ولا يحق له أن يزيد على هذه الإرادة أي أن موقفه سلبي يقتصر على نقل الإرادة فقط، فكذلك الهاتف فهو عبارة عن وسيلة أو أداة لنق لالإرادة ولا يختلف عنه بشيء إلا أنه إنساناً والهاتف آلة ميكانيكية وطالما يكون التعاقد عن طريق الرسول فهو تعاقداً بين غائبين.

---

(1) للمزيد من التفاصيل راجع: السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص290.

(2) زكي، صلاح الدين (1999). تكوين الروابط العقدية فيما بين غائبين، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ص133.

ويرى أحد الفقهاء[1] أن التعاقد عبر الهاتف لا يثير صعوبة إلا فيما يتعلق بمكان العقد حيث أنه يأخذ حكم التعاقد بين غائبين الذين يفرقهم المكان فقط، أي مجلس العقد الحكمي، أما بالنسبة للزمان فإنه لا يثير أي مشكلة في تحديده لأن التعاقد عبر الهاتف يعد تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، ويضيف أحد الشرّاح[2] إلى هذا الرأي أن الإيجاب الذي يصدر عبر الهاتف يسقط ما لم يلحقه قبول فوري ما لم يثبت أن الموجب كان باقياً على إيجابه طول مدة المكالمة الهاتفية.

فهذه الآراء قد قيلت حول التعاقد عبر الهاتف أي من خلال المكالمة الهاتفية، أما بالنسبة للرسائل التي يستطيع مستخدم الهاتف الخلوي إرسالها فإنه بالإمكان أن نقيس حكمها على حكم رسالة الفاكس والبريد الإلكتروني حيث يذهب أحد الشرّاح [3] إلى أن رسالة الفاكس والرسائل التي ترسل عن طريق الإنترنت تأخذ نفس حكم التعاقد عبر الهاتف فهي لا تثير مشكلة إلا في تحديد مكان العقد، أما بالنسبة للزمان فهو تعاقد بين حاضرين وخصوصاً وأن المشرّع ذكر التعاقد عبر الهاتف على سبيل المثال لا الحصر.

ومن ناحية أخرى يذهب أحد الفقهاء [4] إلى أن التعاقد عبر الإنترنت يعد تعاقداً بين غائبين لأن هذا التعاقد سواء أكان كتابة أو محادثة أو بالاتصال المرئي المسموع هو تعاقد بين غائبين كما هو الحال في التعاقد عن طريق الرسول أو التلفون أو الفاكس أو ما شابه ذلك.

وللتوفيق بين هذه الاتجاهات يذهب أحد الشرّاح [1] إلى أنه ينبغي التمييز بين وسائل الاتصال المختلفة حيث لا يمكن اعتبار الوسائل كافة هي تعاقد بين حاضرين حقيقة أو حكماً أو

---

(1) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص57.

(2) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص160.

(3) العبابنة، والدويري، مرجع سابق، ص28.

(4) الشافعي، جابر (2001). مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ص198.

بين غائبين، فالفيصل هو التعاصر الزمني، فإذا كان هناك هذا التعاصر كما هو الحال في الهاتف فإنه يأخذ حكم الهاتف، وإذا لم يكن هناك تعاصر زمني فلا نستطيع أن نعطي لهذا التعاقد نفس حكم الهاتف، ويضيف صاحب هذا الرأي إلى أنه لا يمكن اعتبار التعاقد عن طريق الهاتف دائماً تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان، وبالتالي لا ينطبق الحكم المنصوص عليه في القانون، فقد يحدث هذا التعاقد عن طريق الرسائل أو آلة الرد وبالتالي فهنا لا يوجد تعاصر زمني مثل المكالمة الهاتفية[2].

ومن الخطأ أن نعطي في وقتنا الحاضر وصفاً واحداً للعقد الذي يبرم عبر الهاتف الخلوي، فيجب القول أن التعاقد عبر الهاتف يكون تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان إذا تم عبر المكالمة الهاتفية، أما إذا انعقد العقد عبر الرسائل أو آلة الرد، فهنا نكون بصدد تعاقد بين غائبين لأنه لا يوجد تعاصر زمني في هذا العقد، الأمر الذي يؤدي إلى تفعيل أحد النظريات التي تحدد زمان ومكان العقد، بمعنى إذا تم العقد عبر المكالمة الهاتفية فنحن نحتاج إلى تحديد المكان فقط، أما إذا انعقد العقد عبر الرسائل أو آلة الرد فنحتاج في هذه الحالة إلى تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، وهذا ما يسمى بالتعاقد بين غائبين أو التعاقد بالمراسلة.

المطلب الثاني: النظريات التي تحكم التعاقد بين غائبين:

إن التعاقد بين حاضرين يكون زمانه ومكانه واضح والسبب في ذلك عدم وجود تلك الفجوة الزمنية التي تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب، وبالتالي فإن النظريات التي تحدد زمان ومكان العقد تتفعل في حالتين؛ الأولى هي عندما يكون مجلس العقد مجلس حكمي كما في

---

(1) منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص154.

(2) حيث نصت المادة (102) من القانون المدني الأردني على أنه: "يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد، وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس". ويقابلها نص المادة (88) في القانون المدني العراقي.

التعاقد عبر المكالمة الهاتفية، ففي هذه الحالة تفعل النظريات لتحديد مكان العقد، والحالة الثانية عندما يكون التعاقد بين غائبين، فهنا نفعل النظريات لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، ويجدر بالذكر أن النظريات التي تحدد زمان ومكان العقد مقسمة إلى فئتين، الفئة الأولى هي نظريات احادية الأحكام، والفئة الثانية هي نظريات ثنائية الأحكام، وسوف نتناول دراسة هذه النظريات من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين.

الفرع الأول: النظريات الأحادية:

لتحديد زمان ومكان العقد ظهرت نظريات تعطي حلاً واحداً ولذلك تسمى النظريات الأحادية[1]، فمثلاً لو قام شخص مقيم في عمان بإرسال إيجابه إلى شخص في بغداد وقبل هذا الأخير العرض، فما زمان ومكان هذا العقد؟ فمن وجهة نظر هذه النظريات أن هناك حل واحد لتحديد زمان ومكان العقد:

أولاً: نظرية إعلان القبول:

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد هو عبارة عن توافق إرادتين، فإذا أعلن الطرف الآخر عن قبوله للإيجاب المعروض عليه توافقت الإرادتين وتم العقد ولا أهمية لعلم الموجب بالقبول، فالقبول وفقاً لهذه النظرية تعبير إرادي يكفي مجرد إعلانه، وتتفق هذه النظرية مع ما تقتضيه الحياة التجارية من سرعة في التعامل، وأيضاً من مزايا هذه النظرية أنها تجنب الوقوع في مشكلة القبول المتأخر في التعاقد بين غائبين[2].

---

(1) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص164.

(2) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص69.

ويذهب جانب من الفقهاء [1] إلى أن المشرّع الأردني قد تبنى هذه النظرية، حيث ينعقد العقد بمجرد إعلان القبول خلال المدة المحددة للإيجاب بغض النظر عن علم الموجب هذا القبول، ويبدو أن المشرّع قد تأثر في هذه المسألة برأي الفقه الحنفي[2].

يستند الفقه المشار إليه أعلاه إلى نص المادة (101) من القانون المدني الأردني حيث نصت على: "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان والزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفلق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

وبالرجوع إلى المذكرات الإيضاحية للقانون المدني نجد أنها تأكد على أن القانون أخذ بنظرية إعلان القبول دون سواها [3]، ولم تسلم هذه النظرية من الاعتراضات، حيث يذهب أحد الفقهاء إلى أن هذه النظرية تجعل الموجب تحت رحمة من وجه إليه الإيجاب، إذ يستطيع هذا الأخير العدول عن القبول أو سحب قبوله متى شاء ما دام لم يتصل بعلم الموجب، ومن ناحية أخرى يظهر لنا اعتراض ذو طابع عملي مفاده أن هذه النظرية لا تتفق مع الواقع في جميع الأحوال، فليس من الضروري أن تتطابق الإرادتان عندما يصدر القبول من قبل الموجب إليه، فقد يكون الموجب قد رجع في إيجابه ولم يصل هذا الرجوع إليه إلا بعد إعلان القبول[4].

بمعنى آخر أن هذه النظرية تجاهلت إرادة الموجب، فيجوز للموجب أن يرجع بإيجابه إذا لم يرتبط به قبول إلا إذا كان إيجابه محدد بمدة معينة، ففي هذه الحالة لا يستطيع الرجوع إلا إذا انقضت هذه المدة.

---

(1) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص156.

(2) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص70.

(3) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص110.

(4) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص157.

أما فيما يتعلق بالتعاقد عبر الهاتف الخلوي فإضافة إلى الانتقادات التي ذكرت تظهر أيضاً مشكلة إثبات هذا الإعلان سيما وأن الموجب لا يعلم به فبالتالي تكون هناك مشكلة في إثبات أن الموجب إليه قبل وكيف نثبت ذلك[1].

ومن ناحية أخرى قبول الشخص العرض الذي وجه له شفاهةً يؤدي إلى انعقاد العقد حتى لو لم يرسل قبوله إلى الموجب بغض النظر عن علم الموجب بالقبول، فإن العقد ينعقد بموافقة القابل الشخصية وهذا الأمر يؤدي إلى أمور غاية في الخطورة حيث أن الموجب يبرم عقوداً لا يعلم بها[2].

ولكثرة الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية أدى ذلك إلى ظهور نظرية أخرى وهي نظرية تصدير القبول.

ثانياً: نظرية تصدير القبول:

وفقاً لهذه النظرية ينعقد العقد في المكان والزمان اللذين يصدر (يرسل) فيهما القابل قبوله، فلا يكفي لانعقاد العقد أن يعلن القابل عن قبوله بل لا بد أن يرسل هذا القبول إلى الموجب، فهذا الإرسال هو دليل على صدور القبول من الموجب إليه [3]، وتتفق هذه النظرية مع النظرية السابقة (إعلان القبول) في أن كلاهما لا يشترطان علم الموجب بالقبول حيث يجعلان من القبول تعبير إرادي غير واجب إعلانه غير أن نظرية تصدير القبو ل تشترط حصول واقعة مادية وهي تصدير القبول، فلا يكفي حصول القبول وإنما يجب أن يكون هذا الإعلان نهائياً لا

---

(1) عبابنة، علاء الدين، والدويري، مرجع سابق، ص32.

(2) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص71.

(3) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص158.

رجوع فيه، وذلك بأن يرسل القبول إلى الموجب، أي خروج القبول من يد صاحبه كأن توضع الرسالة التي تتضمن القبول في صندوق البريد أو توضح بيد رسول[1].

استناداً إلى هذه النظرية فإن العقد عبر الهاتف الخلوي ينعقد عندما يضغط مستخدمه على زر الإرسال في بعض الهواتف وفي البعض الآخر بعد أن يضغط على زر الإرسال لمدة تتراوح بين 2–3 ثانية، حيث هناك بعض الهواتف التي بمجرد أن يضغط مستخدمه على زر الإرسال لا يستطيع بعدها أن يستع يد الرسالة وترسل إلى الطرف الآخر، وهناك هواتف أخرى تظهر علامة الإرسال لكن يعطي لمستخدمه بعد ضغط زر الإرسال خيار الإلغاء وهو يلغي بعد مدة لا تتجاوز (3) ثواني[2].

من أهم مزايا هذه النظرية أنها توزع المخاطر بين أطراف العقد، إذ إن الموجب هو صاحب النشاط الإيجا بي وهو الذي دفع الطرف الآخر إلى التعاقد، وعليه أن يتحمل تبعة نشاطه، ومن جهة أخرى أن إثبات إرسال الرسالة أسهل من إثبات استلامها[3].

لم تسلم هذه النظرية من النقد فيؤخذ عليها أن فيها تزايداً لا جدوى منه، وذلك إذا صح أن إعلان القبول لا يكفي لتوافق إرادة المتعاقدين، فإن تصديره لا يكفي لذلك أيضاً، لأنه لا يزيد القبول أي قيمة قانونية سوى واقعة الإرسال، وهذه بذاتها ليس لديها أي أثر قانوني وأيضاً أن القبول الذي صدره الموجب إليه يمكن استرداده استناداً إلى التعليمات التي تصدر من دائرة البريد في أغلب بلدان العالم[4].

---

(1) منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص157.

(2) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص38.

(3) عبابنة، علاء الدين، وأبو نصير، مالك حمد، مرجع سابق، ص19.

(4) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص158.

ومن ناحية أخرى يذهب أحد الشرّاح [(1)] إلى أن الانتقادات التي وجهت إلى النظرية لا تقوى على التحليق في وجه المزايا التي تحققها هذه النظرية خصوصاً في مجال التعاقد الإلكتروني، فبالإضافة إلى المزايا التي تم ذكرها يمكن القول بأن هذه النظرية تتفق وواقع آلية عمل وسائل الاتصال الإلكترونية، حيث أنه يمك ن تحديد وقت تصدير القبول بدقة على عكس تحديد لحظة الإعلان، فهناك حدث مادي يتثمل بواقعة إرسال القبول، ونتيجة لهذا الاختلاف الفقهي في إقرار هذه النظرية من عدمه أدى إلى إيجاد نظرية أخرى ترد على الذين قالوا أن الإرسال غير كاف لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، وهذ ا ما دفع الفقه إلى إيجاد نظرية أخرى هي نظرية تسليم القبول.

ثالثاً: نظرية تسليم القبول:

ينعقد العقد عند أنصار هذه النظرية عندما يتسلم الموجب جواب القابل ولو قبل الاطلاع على مضمونه، حيث باستلام القبول يجعل منه نهائياً إذ تنتفي إمكانية استرداده سواء علم الموجب بالقبول أم لا، فوصول القبول إلى الموجب يعتبر قرينة على علمه بمضمونه، أي لا يكفي لإبرام العقد إعلان القبول ولا تصديره بل لا بد من وصوله إلى الموجب، ففي الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب يتم التعاقد بصرف النظر عن العلم الفعلي به[(2)].

يذهب جانب من الفقه [(3)] إلى أن هذه النظرية لا تعد نظرية مستقلة بذاتها حيث أنها تتوسط نظريتين تصدير القبول ونظرية العلم بالقبول، فتارة تكون أقرب للأولى وتارة أخرى تكون قريبة للثانية، فعندما يكون القصد من اشتراط تسليم القبول هو عدم تمكين المرسل من استرداد

---

(1) عبابنة، علاء الدين، والدويري، مرجع سابق، ص45.

(2) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص160.

(3) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص69.

رسالته، فهي تكون قد اقتربت من نظرية تصدير القبول، أو قد يكون القصد من اشتراط التسليم هو العلم بالقبول، ففي هذه الحالة نقترب من نظرية العلم.

يرى أنصار هذه النظرية أنها أقل مساوئ من غيرها، ومن أهم ما يميزها أنها توزع المخاطر بين الموجب والقابل بصورة عادلة فيتحمل القابل مخاطر عدم الانعقاد في حالة تأخير القبول للموجب أي أن الموجب لا يبقى تحت رحمة القابل[1].

يؤخذ على هذه النظرية أن وصول القبول يشبه تصديره لا يضيف إلى إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية، لأن وصول القبول ما هو إلا واقعة مادية وليس له دلالة قاطعة على علم الموجب به ، فقد لا يفتح الرسالة أو تكون قد سلمت إلى غيره [2]، وأيضاً أن نظرية تسليم القبول توصف بأنها ظالمة للمتعاقدين وذلك لأن الموجب في كثير من الأحيان قد يحول دون وصول التعبير أو تسليمه أو قد تضيع الرسالة أو تتأخر، ففي هذه الأحوال تعجز النظرية عن حماية القابل الذي أرسل قبوله للموجب [3]، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإذا وازنا بين هذه النظرية ونظرية تصدير القبول، نجد أن تطبيق قاعدة الوصول تظهر لنا قضايا معقدة منها تقدير وقت وصول الرسالة، وأيضاً قد تصل الرسالة بصورة غير مفهومة كأن تحتوي على رموز أن تكون فارغة أصلاً[4].

رابعاً: نظرية العلم بالقبول:

---

(1) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص160.

(2) داود، أحمد، مرجع سابق، ص88.

(3) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص161.

(4) عبابنة، علاء الدين، والدويري، مرجع سابق، ص46.

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد لا يتم إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب فعلاً، ويستندون في ذلك أن الإيجاب تعبير إرادي واجب الاتصال بالموجب إليه حتى يفصح عن قبوله وبالمقابل يجب أن يعلم الموجب بهذا القبول حتى ينعقد العقد[1].

فالقبول هو إرادة لا يختلف عن أي إرادة يراد بها أن تنتج أثراً قانونياً وهي لا تنتج هذا الأثر إلا إذا علم بها من وجهت إليه، حينئذ يصح القول من الناحية القانونية أن هناك توافقاً بين الإرادتين، ويعد أنصار هذه النظرية أن وصول القبول قرينة على العلم به وهذه القر ينة قابلة لإثبات العكس[2].

إن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى الوقوع في نفس المشكلة التي وقع فيها أنصار نظرية إعلان القبول، فهذه النظرية ترجح مصلحة الموجب وتجعل القابل تحت رحمة الموجب، لأنه يستطيع أن ينكر علمه بالقبول وبالتالي يكون انعقاد العقد هو تبع إرادة ا لموجب إذا أراد قبله وإذا أراد رفضه[3].

وبعد أن استعرضنا النظريات التي قيلت لتحديد زمان ومكان العقود وبينا سلبياتها وإيجابياتها، يرى الباحث أن نظرية تسلم القبول هي النظرية المثلى للتطبيق على الرسائل المرسلة عبر الهاتف الخلوي.

الفرع الثاني: النظريات الثنائية:

من خلال دراسة النظريات السابقة نجد أنها قدمت حلاً واحداً لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد بخلاف النظريات الحديثة أو التي تسمى بالنظريات الثنائية، وهذا ما سنبينه من خلال دراسة هذه النظريات.

---

(1) دودين، بشار، مرجع سابق، ص128.

(2) عبابنة، علاء الدين، وأبو نصير، مالك حمد، مرجع سابق، ص24.

(3) سلطان، أنور، مرجع سابق، ص69.

أولاً: نظرية مالوري:

استند صاحب هذه النظرية إلى دراسة أحكام المح اكم الفرنسية في تحديد زمان ومكان العقد الذي يبرم بين غائبين، وتوصل إلى أن القضاء الفرنسي يفرق بين هذه المسألة بين زمان ومكان العقد، فقد رأينا أن النظريات السابقة كانت تعطي حلاً واحداً للمكان وللزمان بدون أن تفصل بينهم، أما القضاء الفرنسي فقد قدم لكل مسألة   حلاً يختلف عن الآخر [1]، ففيما يتعلق بزمان العقد فقد ذهب بالقول أن الموجب ليس مجبراً بأن يلتزم تجاه الموجب له قبل أن يعلم بقبوله، فضلاً عن أن للموجب الحق في أن يرجع في غيجابه قبل أن يعلم بقبول القابل، أي بمعنى أن في مسألة زمان العقد يذهب مالوري إلى الأخذ بن ظرية العلم بالقبول، أما فيما يتعلق بتحديد مكان العقد فقد ذهب الفقه الفرنسي إلى تبني نظرية تصدير القبول مستنداً في ذلك على الحجة التي مفادها أن الطرف الذي يصدر منه القبول لا يجوز أن يجبر على التقاضي بعيداً عن مكان إقامته بل إن من يستحق أن يتقاضى بعيداً عن م   كان إقامته هو من صدرت منه الإرادة التعاقدية[2].

---

(1) انظر في تفصيل ذلك: العبودي، عباس، مرجع سابق، ص164.

(2) داود، أحمد، مرجع سابق، ص90.

ثانياً: نظرية شيفاليه:

أخذت هذه النظرية بنفس الفكرة التي أخذت بها النظرية السابقة من حيث فصل زمان العقد عن مكانه، لكنها تختلف مع سابقتها في فلسفتها، حيث تؤكد هذه النظرية أن تطابق الإرادتين اللازم لانعقاد العقد لا يكون في مكان معين في حالة التعاقد بين غائبين، بل أن يكون في زمن معين، فالإيجاب والقبول لا يمكن أن يتواجدا في مكان معين بل إنهم يتطابقا في زمن معين[1]، ويذهب الأستاذ شيفاليه في تحديد زمان إبرام العقد بالقول أن زمان إبرام العقد هو الوقت الذي لا يستطيع فيه الموجب أن يرجع عن إيجابه، حيث أنه يأخذ بنظرية العلم لأن الموجب في هذا الوقت لا يستطيع الرجوع عن إيجابه بسبب علمه بالقبول الذي صدر من الطرف الآخر، أما فيما يتعلق بمكان إبرام العقد فيرى أن المكان الذي يبرم فيه العقد هو المكان الذي أرسل إليه الإيجاب، وبالتالي نجد أن هذه النظرية تتفق مع النظرية السابقة من حيث تحديد زمان ومكان العقد، إلا أنها تضيف إلىما سبق أن القواعد التي تطبق على صحة التعاقد وتفسيره عند سكوت المتعاقد فيجب الرجوع إلى مكان الإرسال[2]، أي عندما تظهر أي مشاكل فيما يتعلق بالأهلية أو توافر أركان العقد، فيجب الرجوع إلى مكان الموجب في حالة عدم الاتفاق على مكان معين بين أطراف العقد، وكذلك فيما يتعلق بتفسير العقد كأن يكون فيه ألفاظ معينة لها أكثر من معنى، وكذلك إذا لم يحدد الطرفين مكان معين للرجوع إلى قوانينه فيرجع إلى مكان إرسال الإيجاب.

يرى البلحث أن النظريات الحديثة أكثر دقة وأكثر عدالة من النظريات التقليدية أحادية الأحكام، فلقد جاء القانون لتنظيم التعاملات بين الأشخاص وتيسيرها لا لتعقيدها بتحديد معيار موحد لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد قد يؤدي إلى ظلم أحد أطراف العقد، فنتمنى على المشرّع الأردني أن يعدل النص القانوني الذي يتعلق بتبني نظرية إعلان القبول في القانون المدني

---

[1] عبابنة، وأبو نصير، مرجع سابق، ص30.

[2] عبد الرحمن، حمدي، مرجع سابق، ص142–143.

واختيار أحدى هذه النظريات، ويرجح الباحث الأخذ بنظرية شيفاليه لدقتها ودخولها في تفاصيل إبرام العقد.

المطلب الثالث: موقف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني من تحديد زمان ومكان العقد:

لم يبين المشرّع الأردني من خلال قانون المعاملات الإلكترونية زمان ومكان انعقاد العقد لا سيما وأن العقود التي تبرم عبر الوسائل الإلكترونية ومن ضمنها الهاتف الخلوي هي كثيرة الوقوع في حاضرنا، ومع ذلك فقد جاء القانون خالياً من أي نص يحدد زمان ومكان انعقاد العقد تاركاً تحديدهما إلى القواعد العامة، ويعد هذا المسلك للمشرّع الأردني موضع انتقاد حيث كان ينبغي أن يأتي بنص صريح يحدد زمان ومكان إبرام العقد، سيما وأن هذا القانون هو قانون حديث يعاصر التقدم العلمي الذي حصل في آخر عشر سنوات، لذلك يجب أن يكون شاملاً لكل المسائل التي يثيرها التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية، إلا أن المشرّع الأردني قد حدد زمان ومكان إرسال وتسلم رسالة المعلومات بموجب نص المواد (17–18) من قانون المعاملات الإلكترونية، حيث نصت المادة (17) على: "أ– تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك، ب– إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسليم رسائل المعلومات فتعتبر الرسالة قد تم تسليمها عند دخولها إلى ذلك النظام فإذا أرسلت قد تم منذ قيام المرسل إليه بالاطلاع عليها لأول مرة، ج– إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة المعلومات لتسليم رسائل المعلومات فيعتبر وقت تسليم الرسالة عند دخولها إلى أن نظام معالجة معلومات تابع للمرسل إليه"، أما المادة (18) فقد نصت على: "1– تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقر لعمله ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه أكثر من مقر لأعماله فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان

الإرسال أو التسليم، وعند تعذر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسليم"، ومن خلال التدقيق في نص المواد أعلاه نلاحظ أنها جاءت ترجمة للقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي هو بدوره لم يحدد زمان ومكان العقد بغية من واضعيه ترك هذه المسألة للقوانين الوضعية بالرغم من أنهم كانوا يدركون أهمية تحديد زمان ومكان العقد [1]، ومع ذلك لم يقم المشرّع الأردني بسن قواعد تختلف كما جاء في القانون المذكور بل اكتفى بترجمة نصوصه فقط.

يذهب أحد الشرّاح [2] في هذ الصدد أن قانون اليونسترال قد تبنى نظرية استلام القبول لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد في حالة عدم الاتفاق بين طرفين على وقت آخر لتفادي أي إشكال قانوني لأن المشرّع اعطى الحرية لإرادة المتعاقدين وسيادة مبدأ سلطان الإرادة بما لا يخالف النظام العام، أما في حالة عدم وجود اتفاق مسبق لتحديد وقت إ برام العقد فقد تدخل المشرّع واعتبر وقت إبرام العقد وقت وصول رسالة البينات التي تتضمن قبول الطرف الآخر.

ويرد أحد الشرّاح[3] على الرأي السابق بأنه محل نظر، فالدليل المرافق للقانون النموذجي ذاته ينص صراحة على عدم التعرض لوقت انعقاد العقد الإلكتروني ومن هذا ا لمنطلق يذهب صاحب هذا الرأي إلى أن قانون المعاملات الأردني لم يتطرق إلى مسألة انعقاد العقد بل أحالها إلى القواعد العامة في القانون المدني.

ومن ناحية أخرى يذهب أحد الشرّاح [4] إلى أنه إذا كان القانون النموذجي مبرراً في عدم تنظيم مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، فلا يوجد مبرر للقانون الأردني عندما نقل عنه

---

(1) عبابنة، علاء الدين، وأبو نصير، مالك حمد، مرجع سابق، ص17.

(2) المومني، عمر حسن (2003). التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، دار وائل، عمان، الطبعة الأولى، ص96.

(3) عبابنة، علاء الدين، والدويري، مرجع سابق، ص39.

(4) نصير، يزيد، مرجع سابق، ص44.

تنظيم هذه المسألة مع علمه المسبق بأن نظرية إعلان القبول لا تعني بزمان ومكان إرسال وتسلم رسائل المعلومات.

يرى الباحث أن م وقف المشرّع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية من عدم تبني نظرية معينة لتنظيم مسألة زمان ومكان العقد الإلكتروني يعد ثغرة كبيرة في القانون على اعتبار أنه يعالج من خلال هذا القانون جانب مهم ألا وهو العقود الإلكترونية، فكيف يسعى قانون لتنظيم مسألة معينة ويغفل تنظيم أغلب المسائل المتعلقة بموضوع مثل زمان ومكان انعقاد العقد؟ لذلك ينبغي على المشرّع الأردني أن يدخل تعديلاً على هذا القانون ويتبنى فيه نظرية من التي ذكرناها سابقاً لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد الذي يبرم عبر الوسائل الإلكترونية، ويدعوه الباحث إلى تبني نظرية تسليم القبول وذلك لما تحتويه هذه النظرية من عدالة وإنصاف أكبر من سابقتها.

ونقترح في هذا الصدد النص الآتي : "يعد التعاقد بوسائل إلكترونية كالهاتف والتلكس والفاكس والحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى قد تم في المكان الذي توجد فيه هذه الوسيلة أو الجهاز المستخدم وقت تسلم الموجب القبول ويفترض أن الموجب قد تسلم القبول في الوقت الذي تسلم فيه الرد".

تجدر الإشارة هنا إلى أن العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي يولد الآثار نفسها التي يولدها أي عقد آخر، فالعقد المبرم عبر الهاتف الخلوي لا يتميز بآثار خاصة به، ومن ثم إذا استجمع هذا العقد أركانه الأساسية وتوافرت في كل ركن شرائطه، انعقد العقد صحيحاً وترتبت عليه آثاره، ومن أهمها القوة الملزمة للعقد، وقواعد تفسير العقود وتنفيذها، وانصراف أثر العقد على العاقدين وخلفائهم، والخلف إما أن يكون خلفاً عاماً، وإما أن يكون خلفاً خاصاً. ومنها أيضاً أحكام الضمان وضمان العيوب الخفية، فضلاً عما يشترطه القانون، أو العرف، أو الاتفاق من

متطلبات خاصة بكل عقد على حدة، كعقد الإيجار التمويلي، أو عقد الإيجار، أو عقد العمل، أو عقد البيع.

وإذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته بموجب العقد، فإنه يترتب على ذلك قيام مسؤوليته العقدية متى توافرت أركانها وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية، ومن ثم فإن المعلومات الخطأ أو المعلومات غير الصحيحة ترتب المسؤولية المدنية للمسؤول عنها وتعطي الحق للمتضرر بالحصول على تعويض[1].

وهكذا نستطيع القول من حيث المبدأ أن الأحكام القانونية التي يخضع لها العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي متشابهة مع الأحكام القانونية المنظمة للعقد التقليدي.

هذا ويمكن أن يتم تنفيذ العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي بإحدى طريقتين[2]:

الأولى: أن يتم تسليم الشيء أو السلعة أو تقديم الخدمة عبر شبكة الإنترنت المرتبط بها الهاتف الخلوي، وفي هذه الحالة يمكن أن يتم التسليم أو التنفيذ بشكل متزامن.

الثانية: أن لا يتم تسليم الشيء أو السلعة أو تقديم الخدمة عبر شبكة الإنترنت، وعندئذ يحصل عليها المستهلك المتعاقد في المستقبل عن طريق البريد.

ويترتب على الالتزام بتسليم الشيء أو السلعة أو تقديم الخدمة للمستهلك المتعاقد التزام الأخير بأداء الثمن أو مقابل الخدمة، ويتم الوفاء بهذا الالتزام في العقد الإلكتروني من خلال ما يسمى بالوفاء الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت[3].

---

[1] عبد الدائم، أحمد، مرجع سابق، ص37.

[2] مجاهد، أسامة، مرجع سابق، ص89–90.

[3] القضاة، فياض، مرجع سابق، ص99–100.

الفصل الرابع

إثبات التعاقد عبر الهاتف الخلوي والاختصاص القضائي والتشريعي بنظر المنازعات الناشئة عنه

يعرف الإثبات أنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يحددها القانون على صحة واقعة قانونية يدعيها أحد طرفي الخصومة وينكرها الطرف الآخر[1].

ومن هذا يتضح أن الإثبات المقصود هو الإثبات القضائي الذي يتم عن طريق تقديم الدليل أمام القضاء وأن ينصب على واقعة قانونية معينة وأن يكون بالطريقة التي يحددها القانون.

والإثبات في المعاملات الإلكترونية تعتريه الكثير من الصعوبات من الناحية التقنية نظراً لحداثة هذه التكنولوجيا وتعقيدها ولما يتسم به أصحاب المعاملات الإلكترونية غير المشروعة من مكر ودهاء وحيلة وغش واحتيال باستعمال تقنيات معلوماتية عالية الكفاءة وبسرعة فائقة يستطيعون من خلالها طمس أي عمل غير مشروع ومحو آثاره الخارجية الملموسة [2]، لذا فإنني ومن خلال هذا الفصل سأتحدث عن إثبات العقد عبر الهاتف الخلوي.

كما أن دخول الرابطة القانونية في نطاق القانون الدولي الخاص أمر مرهون باتصاف تلك الرابطة بوجود عنصر أجنبي، سواء تعلق بجنسية الأطراف، أو اختلاف الموطن، أو مكان

---

(1) المنصور، أنيس (2011). شرح أحكام قانون البينات الأردني وفقاً لآخر التعديلات، إثراء للنشر والتوزيع بالأردن ومكتبة الجامعة بالشارقة، الطبعة الأولى، ص16.

(2) العنزي، زياد خليف، مرجع سابق، ص24.

الإبرام، أو التنفيذ، فإن من المنطق القول أن معظم العق ود الإلكترونية تكون ذات طابع دولي لوجود عنصر أجنبي فيها[1].

ولا تثور مشكلة تحديد الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي في التعاقد عبر الهاتف الخلوي إلا إذا حدث نزاع بين طرفي العقد، أما إذا أبرم ونفذ دون مشاكل بينهما فلا أهمية لبحث وتحديد مسائل تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي.

إن الاختصاص القضائي يؤثر في الاختصاص التشريعي ولا يتأثر به، ذلك أن المحكمة التي ينعقد لها الاختصاص بنظر نزاع يشوب بعنصر أجنبي إنما يعتمد على تكييف العلاقة القانونية وفقاً لقانونها من ناحية، وتقوم بإعمال قواعد الإسناد الواردة في قانونها من ناحية أخرى، مما يترتب عليه أثر واضح في الاختصاص التشريعي، أي في القانون الواجب التطبيق على النزاع[2].

وفي ضوء ما تقدم فإنه يتعين علينا التعرض لموضوعين مرتبطين ارتباطاً وثيقاً بالتعاقد عبر الهاتف الخلوي، وهما : إثبات التعاقد عبر الهاتف الخلوي (المبحث الأول)، والاختصاص القضائي والتشريعي بنظر المنازعات الناشئة عن التعاقد عبر الهاتف الخلوي (المبحث الثاني).

المبحث الأول

إثبات التعاقد عبر الهاتف الخلوي

نقصد بإثبات التعاقد عن طريق الهاتف الخلوي القوة القانونية للمكالمة الهاتفية الخلوية والرسائل المرسلة عبر الهاتف الخلوي في إثبات التعاقد الذي يجري عن طريقه، ولا شك أن

---

(1) العنزي، زياد خليف، مرجع سابق، ص43.

(2) السيد، محمود (2011). الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ص110.

المشكلة الأساسية في مجال التعاقد بوسائل الاتصال المستحدثة عامة، والهاتف الخلوي خاصة، هي مشكلة إثبات في المقام الأول، وسنتناول دراسة إثبات التعاقد عبر الهاتف الخلوي من خلال مطلبين.

المطلب الأول: إثبات التعاقد بالمكالمة الهاتفية الخلوية:

سأبحث في مفهوم المكالمة الهاتفية ومن ثم حجيتها القانونية في الإثبات، وذلك من خلال فرعين:

الفرع الأول: مفهوم المكالمة الهاتفية:

لم يعرف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المكالمة الهاتفية، إذ اكتفى بتعريف الرسالة الإلكترونية بصورة عامة، وبالرجوع إلى قانون الاتصالات الأردني نجد أنه عرف مصطلح الاتصالات حيث أورد تعريفاً لهذا المصطلح في المادة الثانية وعرفها بأنها: "نقل أو بث أو استقبال أو إرسال الرموز أو الإشارات أو الأصوات أو الصور أو البيانات مهما كانت طبيعتها بواسطة الوسائل السلكية أو الراديوية أو الضوئية أو بأي وسيلة أخرى من الأنظمة الإلكترونية"، فهذا التعريف يشمل المكالمة الهاتفية على اعتبارها نقل صوت وبواسطة جهاز لاسلكي، ولذلك عرف جانب من الفقه المكالمة الهاتفية بأنها : " عملية اتصال تحدث بين شخصين أو أكثر من خلال الهاتف أو أي وسيلة اتصال مشابهة يحدث من خلالها نقل للصوت بين مكانين متباعدين في وقت قصير جداً، فكأن الكلام بين شخصين متواجدين في مكان واحد يسمع ويرى كل منهما الآخر"[1].

---

[1] أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص17.

ينعقد العقد من خلال المكالمة – كما أشرنا سابقاً – حيث أن عملية نقل الصوت من مكان إلى آخر تصلح لأن تكون صورة من صور التعبير عن الإرادة[1].

نتيجة لطبيعة الهاتف العادي كانت المكالمة الهاتفية تسجل وتعرض على القاضي كتسجيل صوتي، أما الآن وفي ظل استخدام الهاتف الخلوي فقد تكون بصورة تسجيل صوتي أو من خلال مكالمة هاتفية يجريها أحد أطراف الدعوى من داخل المحكمة وأمام القاضي، والمكالمة الهاتفية تعرضت إلى انتقاد كبير تمثل في تشابه أصوات البشر، ورداً على هذا الانتقاد تشير بعض الدراسات العلمية الحديثة إلى أن صوت الإنسان يعد مثل بصمته فلا يستطيع أي شخص أن يقلده، فلكل شخص صوت خاص به يختلف تماماً عن أي شخص آخر، ويمكن تمييزه والتعرف على صاحبه من بين العديد من الأصوات بمجرد سماعه حيث من خلال الاستماع إلى التسجيل الصوتي يستطيع أي شخص أن يحدد فيما إذا كان الصوت الذي في التسجيل هو لـ (س) من الناس أم لا، وكذلك فقد حققت الدراسات والإحصاءات تقدماً جديداً في معرفة الأصوات من خلال عمل مضاهاة لها كتلك التي تعمل في الخطوط والبصمات[2].

من ناحية أخرى فقد تعرض التسجيل الصوتي إلى انتقادات علمية وفنية، فكثير من الأحيان قد تتشابه الأصوات وبالتالي يحصل خطأ في نسبة التسجيل الصوتي إلى الشخص المعين، وأيضاً قد يقع تزويراً على التسجيل الصوتي من خلال قيام أحد الأشخاص بتقليد صوت شخص آخر في كل تفصايله أو أن ينقل أجزاء معينة من صوت مسجل على شريط آخر دون أن يحدث فيه أثر لذلك[3].

---

(1) العنزي، زياد خليف، مرجع سابق، ص34.

(2) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص38.

(3) العبودي، عباس (2005). شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، ص349.

الفرع الثاني: الحجية القانونية للمكالمة الهاتفية الخلوية:

إن العقد الذي يبرم عبر المكالمة الهاتفية يعد من قبيل العقود الشفوية التي يكون من المتعذر إثباتها عندما يتطلب القانون إثباتها بالكتابة، وحتى الحالات التي يكون التعاقد عبر المكالمة الهاتفية ويعقبه دليل كتابي فإن هذا الدليل هو الذي يكون أساس العقد أي هو الذي يثبت التعاقد لا المكالمة الهاتفية[1].

إن بيان الحجية القانونية للمكالمة الهاتفية يتطلب بيان هذه الحجية في ضوء القواعد العامة في الإثبات، ومن ثم بيان إثبات التعاقد بواسطة التسجيل الصوتي للمكالمة الهات فية الخلوية.

أولاً: الحجية القانونية للمكالمة الهاتفية الخلوية في ضوء القواعد العامة في الإثبات:

إن الأصل في شأن المعاملات التجارية هو حرية الإثبات[2]، وبموجب هذا الأصل الذي تبناه المشرّع الأردني في شأن المعاملات التجارية[3]، يجوز إثبات العقود التجارية بطرق الإثبات جميعها، واستناداً إلى ذلك فإن العقود التجارية التي تعقد عبر الهاتف الخلوي يمكن أن يقام الدليل عليها بطرق الإثبات جميعها، مثل شهادة الشهود، بخاصة أنه يوجد أنواع من الهواتف الخلوية تكون مزودة بماسعة خارجية على نحو يج عل الشهود يسمعون حديث المتعاقدين الذي يتخاطبون به، أما إذا كانت المعاملة تجارية بالنسبة لطرف ومدنية بالنسبة لطرف آخر، فإن العبرة بصفة العمل بالنسبة للمتعاقد المدعى عليه، فإذا كانت صفة العمل بالنسبة للمدعى عليه

---

[1] السنهوري، أحمد، مرجع سابق، ص268.

[2] القضاة، مفلح (1994). البينات في المواد المدنية والتجارية – دراسة مقارنة، جمعية عمال المطابع الأردنية، عمان، الطبعة الأولى، ص126.

[3] انظر: نص المادة (28/أ) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952م وتعديلاته لسنة 2001م..

تجارية يطبق مبدأ حرية الإثبات بغض النظر عما إذ ا كان المدعي عليه تاجراً أم غير تاجر [1]، غير أن المشكلة تدق في المعاملات المدنية والقاعدة هي تطلب الدليل الكتابي في المعاملات المدنية متى تجاوز التصرف حداً معيناً [2]، وقد أورد المشرع الأردني عدة استثناءات يجوز بموجبها الإثبات بغير الدليل الكتابي.

في ضوء بعض هذه الاستثناءات يمكن الاستفادة منها في إعطاء المكالمة الهاتفية الخلوية حجية قانونية في الإثبات، وهي على النحو الآتي:

1- عدم تجاوز قيمة الالتزام التعاقدي الذي تثبته المكالمة الهاتفية الخلوية لحد معين:

يمكن إثبات الالتزام التعاقدي بطرق الإثبات كلها بما فـي ذلك الشهادة والقرائن القضائية إذا لم تتجاوز قيمة هذا الالتزام حداً معيناً، وقد حدد المشرّع الأردني هذا المبلغ بمئة دينار، واستناداً إلى ذلك يمكن إثبات الالتزام التعاقدي في غير المواد التجارية بالمكالمة الهاتفية الخلوية إذا لم تتجاوز قيمته مئة دينار أردني ، أما إذا كان الالتزام التعاقدي في المواد التجارية فيخضع لمبدأ حرية الإثبات.

2- وجود اتفاق أو قانون يجيز الإثبات بالمكالمة الهاتفية الخلوية:

إن قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام؛ لأنها لا تهم سوى مصلحة الأطراف الخاصة، ومن ثم يجوز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على خلافها [3]، واستناداً إلى ذلك فإن اتفاق الأطراف على منح المكالمة الهاتفية الخلوية حجية الدليل الكتابي الكامل، يعد اتفاقاً

---

(1) المنصور، والشرايري، مرجع سابق، ص30.

(2) انظر: نص المادة (28/أ) من قانون البينات الأردني التي نصت أنه في غير المواد التجارية إذا كان الالتزام التعاقدي يزيد على مئة دينار أو كان غير محدد المقدار فلا تجوز الشهادة في إثباته ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

(3) المنصور، أنيس، مرجع سابق، ص22.

جائزاً وهذا ما يأخذ به قانون الإثبات الأردني [1]، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأن: "قاعدة الإثبات بالكتابة لا تحمي إلا مصالح الأفراد الخاصة، ولهم إن شاؤوا أن يتنازلوا عنها"[2]، وهذا الاتفاق يعد الطريق الأمثل الذي يسمح بمنح المكالمة الهاتفية الخلوية الحجية القانونية للدليل الكتابي، وهو ينسجم مع مبدأ احترام إرادة المتعاقدين بمنحهم حرية اختيار طرق الإثبات طالما أنها لا تهم إلا مصلحة الأطراف الخاصة، ولا تتعارض مع النظام العام، أما في القانون فإن هناك نصوص قانونية تجيز الإثبات بالشهادة فيما يزيد عن مئة دينار، فقد أوجبت المادة (7/15) من قانون العمل الأردني لسنة 1996م وتعديلاته أن يكون عقد العمل مكتوباً، ويحدد فيه نوع العمل ومقدار الأجر، وفي حالة عدم كتابة العقد فللعامل أن يثبت العقد والحقوق الناشئة عنه بطرق الإثبات جميعها.

استناداً لذلك فإنه يمكن للعامل إثبات عقد العمل المبرم عبر الهاتف الخلوي وحقوقه الناشئة عنه بشهادة الشهود متى كان الشهود قد استمعوا إلى الحديث الذي دار بين العامل ورب العمل بوساطة المكالمة الهاتفية الخلوية[3].

3- إذا طعن في التعاقد بأنه ممنوع بالقانون أو مخالف للنظام العام والآداب:

إن الطعن بالعقد بأنه ممنوع أو مخالف للنظام أو الآداب يخول المدعي إثبات مدعاة بالشهادة، ولو كان المطلوب تزيد قيمته عن مئة دينار، وللقاضي أن يستمد قناعته من أي دليل، بما في ذلك المكالمة الهاتفية الخلوية، وهذا ما نصت عليه المادة (4/30) من قانون البينات

---

(1) انظر: نص المادة (1/28-أ) من قانون البينات الأردني.

(2) تمييز حقوق رقم 2009/53، تاريخ 2009/2/23، منشورات مركز عدالة.

(3) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص354.

الأردني، وتطبيقاً لذلك قررت محكمة التمييز الأردنية أن : "القانون يجيز إثبات الواقعة غير المشروعة المخالفة للنظام العام بالبينة الشخصية"[(1)].

---

(1) تمييز حقوق رقم 2007/168، تاريخ 2007/6/15، منشورات مركز عدالة.

4- إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة:

يرى جانب من الفقه أن المكالمة الهاتفية الخلوية لا يمكن أن تعد مبدأ ثبوت بالكتابة؛ لأن التعاقد من خلال المكالمة الهاتفية تعاقد شفوي ومبدأ الثبوت بالكتابة يستلزم وجود كتابة، وأن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم، وتجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال [(1)]، إلا أننا نرى خلاف هذا الرأي؛ ذلك أن لفظ الكتابة الوارد في نص المادة (1/30) من قانون البينات الأردني جاء مطلقاً، ولم يحدد هل المقصود بها الكتابة التقليدية، أم الكتابة الإلكترونية، لذلك نرى أن لفظ الكتابة يشمل أيضاً الكتابة الإلكترونية، ومن ثم من المتصور أن تعد المكالمة الهاتفية الخلوية مبدأ ثبوت بالكتابة.

5- إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي:

لا يمكن أن نعد المكالمة الهاتفية الخلوية مانعاً مادياً يمنع من الحصول على دليل كتابي؛ لأن التعاقد عن طريق الأجهزة الحديثة ومنها الهاتف الخلوي لا ينطبق عليها وصف الاستحالة التي يقصدها المشرّع، وأن عدم الحصول على دليل كتابي ينتج عن صعوبة وليس استحالة[(2)].

6- حالة فقد الدليل الكتابي:

إن المكالمة الهاتفية لا ينطبق عليها هذا الاستثناء؛ لأن التعاقد بالمكالمة الهاتفية الخلوية تعاقد شفوي، وحالة فقد الدليل الكتابي تفترض أن شخصاً قد حصل مسبقاً على دليل كتابي كامل، ثم فقد هذا الدليل بسبب أجنبي لا دخل له فيه.

---

(1) منصور، محمد حسين، مرجع سابق، ص198.

(2) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص356.

ثانياً: إثبات التعاقد بواسطة التسجيل الصوتي للمكالمة الهاتفية الخلوية:

عندما شاع استخدام التسجيلات الصوتية في المعاملات التي تتم على الهاتف والقصد منها الحصول على دليل مادي يمكن الركون إليه في إثبات تلك المحادثات وذلك عندما يتم تسجيل المحادثة على أشرطة جيدة لذلك، ثم يتم سماع ما دار خلال المحادثة على نفس الشريط، ومع سكوت غالبية التشريعات العربية ومنها القانون الأ ردني الذي اعتمد التسجيلات الصوتية في الإثبات فقط في القضايا المتعلقة بالأوراق المالية في المادة (113/ج) منه، كان لزاماً علينا البحث في ذلك ضمن ثلاث نقاط، هي:

1. ماهية التسجيل الصوتي:

التسجيل الصوتي هو عبارة عن ترجمة للتغيرات المؤقتة لموجات الصوت الخاصة بالكلام أو الموسيقى إلى نوع آخر من الموجات أو التغيرات الدائمة[1].

يتم التسجيل في العادة باستخدام آلة حيث يجري التسجيل على سلك ممغنط والآن في الوقت الحاضر يجري التسيجل على شريط بلاستيكي ممغنط[2].

لقد أشارت الدراسات العلمية الحديثة إلى أن الصوت من الصفات المميزة في تحديد شخصية الإنسان، فهو يشبه البصمة تماماً، ويمكن تحقيقه باستخدام طريقة تشبه إلى حد ما الطريقة التي تحقق البصمة [3]، إلا أن الدليل المستمد عن طريق التسجيلات الصوتية تعرض لعدة انتقادات منها:

---

(1) أبو الليل، إبراهيم، مرجع سابق، ص28.

(2) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص154.

(3) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص154.

- ليس هناك ما يؤكد علمياً أن الدليل المسجل على الشريط هو لمن نسب إليه لأن الأصوات قد تتشابه، وقد عبرت عن ذلك محكمة النقض المصرية بأنه من المعروف أن الأصوات تتشابه وأن إمكان الصفة الدخيلة على التسجيل أمر لا تستبعده المحكمة من اعتقادها[1].
- عدم وجود ضمانات كافية للتسجيل من حيث التطابق بين ما جرى حقيقة وما جاء في التسجيل، فالفني في هذه الأمور يستطيع التغيير والحذف والنقل وإعادة تركيب الجمل والكلمات بمهارة فائقة يصعب اكتشافها وهو ما يسمى بالمونتاج، مع احتمال التزوير على الشريط وتقليد الأصوات.

ويرى البعض أنه يمكن لتفادي تلك الانتقادات أن يكون التسجيل قد تم بدقة إلى درجة يكون القاضي معها متأكداً من معرفة حقيقة الأمور وذلك مستعيناً برأي خبير الأصوات ليأخذ باستشارته مع التأكيد على أن رأيه لا يقيد المحكمة، ويستطيع الخبراء المختصين معرفة الصوت المقلد من الحقيقي مهما كانت درجة إتقان هذا العبث في الصوت والشعور بأنه حقيقي لمن يسمعه[2].

2. مشروعية استخدام التسجيل الصوتي في الإثبات:

لا شك في أن وسائل التعبير مصونة وفقاً للمادة (15) من الدستور الأردني لسنة 1952م وتعديلاته لسنة 2011م، وكذلك المادة (18) منه والتي تعتبر جميع المراسلات البريدية والبرقية ومخاطبات الهاتف سرية، فلا تخضع للمراقبة أو التوثيق إلا في الأحوال المعينة في القانون، وكذلك جاء النص في المادة (56) من قانون الاتصالات الأردني بأنه : "تعتبر المكالمات الهاتفية والاتصالات الخاصة من الأمور السرية التي لا يجوز انتهاك حرمتها تحت طائلة المسؤولية القانونية".

---

(1) نقض مدني مصري، رقم 1974/461، تاريخ 1974/5/13، مجموعة أحكام النقض لسنة 98ق، ص25.

(2) النداوي، آدم وهيب (2008). دور الحاكم المدني في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، ص437.

مع ذلك كله فإن الأ مر على خلاف بخصوص التسجيلات الصوتية في المواد المدنية التجارية عن ما هو عليه الحال في المواد الجزائية، فجاء في المادة (88) من قانون الأصول الجزائية الأردني بأنه: "لا يمكن لغير المدعى العام من مراقبة المحادثات الهاتفية".

برغم ذلك كله فإن المشرّع الأردني ف ي قانون الأوراق المالية لعام 2002م يجعل من تسجيلات الهاتف وسيلة للإثبات في دعاوى الأوراق المالية وذلك في المادة (113/ج) منه، والتي تنص بأنه : "يجوز الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية الصادرة عن الحاسوب وتسجيلا ت الهاتف ومراسلات أجهزة الفاكسميلي وذلك على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر "، ومع مثل هذا النص لا يبقى مجالاً للشك في مشروعية التسيجل الصوتي كطريقة للإثبات في معاملات الأوراق المالية، ولكن ما آلية التسجيل؟ وهل من ضرورة بوجود اتفاق مسبق عليها أو أن يكون التسج يل من المرسل أو من المستقبل أو من كلاهما؟

مما يؤكد وجهة النظر هذه قرار لمحكمة استئناف بواتيه الفرنسية والتي قررت : "بأن الاتصال التلفوني لا يعدو أن يكون نوعاً من الرسائل، ولما كانت مراقبة الرسائل مشروعة فإن دواعي المنطق تقتضي أن تكون الأولى مشروعة أيضاً، ع لى أن يطرح المستند الذي يتضمن إثبات نتائج المخاطبة الهاتفية للمناقشة في الجلسة"[1].

أما القضاء الإنجليزي فهو في مجال الإثبات المدني أو الجنائي يأخذ بقاعدة الدليل المؤثر (The Best Evidence Rule) مهما كانت الوسيلة التي حصل على الدليل من خلالها،

---

[1] نقلا عن: النداوي، آدم وهيب، مرجع سابق، ص438.

بالتالي فإن تسجيل المخاطبات الهاتفية مشروع في القضاء الإنجليزي[1]. وجاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية أن الشريط المسجل لا يعد من وسائل الإثبات[2].

خلاصة القول أنه يشترط في التسجيل الصوتي حتى يمكن الاعتماد عليه في الإثبات ما يلي[3]:

1. أن يكون التسيجل قد حصل بطريقة مشروعة ولم يسجل خفية ولا بالإكراه مثلاً.
2. موافقة كلا الطرفين على تسجيل المحادثة الهاتفية.
3. الاتفاق على أن يكون التسجيل مبدأ للإثبات في حال عدم وجود نص قانوني.
4. المحافظة على السرية وعدم التعرض في التسجيل لمسائل شخصية تمس أي طرف، وإذا ما تخلل المحادثة المسجلة أية أمور أخرى خارجة عن موضوع العقد المراد إثباته ينبغي الحصول على موافقة الطرف الآخر لتقديمها للمحكمة للإثبات تحت طائلة المسؤولية القانونية.
5. توافر الشروط التي تطلبها القانون في البينة بالنسبة للتسجيل الصوتي من تعلقه بالدعوى وإنتاجيته فيها وأن يكون جائزاً قبوله.
6. أن يكون من شأن المحادثة المسجلة المساهمة في تكوين قناعة القاضي للحكم في الدعوى ولا يشترط أن يكون من شأنها حسمه النزاع، وذلك بعد الاستعانة بالخبرة الفنية.

---

(1) نقلاً عن: العبودي، عباس، مرجع سابق، ص224.

(2) تمييز حقوق رقم 74/12، تاريخ 1974/8/29م، منشورات مركز عدالة.

(3) انظر في هذه الشروط: النداوي، آدم وهيب، مرجع سابق، ص440-441.

3. قوة المكالمة الهاتفية الخلوية المسجلة في الإثبات:

سكتت معظم التشريعات في العالم عن بيان قوة الدليل المستمد من الكلام الذي تم تسجيله وثار خلاف حول ذلك، ولم يكن التشريع الأردني بعيداً عن هذه التشريعات فهو الآخر سكت عن الأمر ذاته الذي جعل الفقه والقضاء يقول كلمته في هذا المجال.

فذهب الأستاذ الفرنسي كاريل لتفضيل التسجيل الصوتي على الدليل الكتابي بالرغم من محاذير استخدامه معللاً ذلك في أن تزوير الخط أسهل بكثير من تزوير الصوت الذي يصعب تقليده أحياناً[1].

وحكمت محكمة النقض الفرنسية أن تسجيل الصوت حتى يعد دليلاً في الإثبات في الحالات التي تشترط الشكلية يجب أن لا يتعارض مع حرمة الأسرار الشخصية[2]، ولجأت بعض المحاكم الفرنسية لاعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة، وذلك الأمر في القضاء المدني الأمريكي والقضاء والقانون الإنجليزي في المادة العاشرة من قانون الإثبات الإنجليزي لعام 1968م، حيث اعتبر الأدلة المسجلة في حكم السندات المكتوبة[3].

وفي التشريعات العربية هناك قوانين تعطي لهذه التسجيلات حجية الدليل الكامل ومنها قانون الإثبات السوداني رقم (35) لعام 1983م الذي نص في المادة (37) بأن: "المستندات العادية تشمل البيانات المسجلة بطريقة الكتابة أو الصورة".

وجاء في قانون الأصول المدنية اللبناني لعام 1983م: "للقاضي أن يستخلص الإقرار غير القضائي من تصريح الخصم المسجل بعلمه على شريط مغناطيسي، وفي حالة الإنكار للقاضي الاستعانة بخبير لتدقيق الصوت".

---

(1) نقلاً عن: عيد، إدوارد (2004). قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص121.

(2) محكمة النقض الفرنسي في 1955/3/28م، أشار إليه: عيد، إدوارد، مرجع سابق، ص121.

(3) أشار إلى ذلك: العبودي، عباس، مرجع سابق، ص237.

وكذلك المادة (104) من قانون الإثبات العراقي الذي أكد أنه للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي بوصفها قرائن قضائية[1].

أما الوضع في القانون الأردني، فمن خلال الرجوع إلى المادة (51) من قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1962م نجد أنها تنص على أنه : "لا يخضع إثبات العقود التجارية مبدئياً للقواعد الحصرية الموضوعية للعقود المدنية، فيجوز إثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة".

بمعنى أن المكالمة الهاتفية عدها المشرّع الأردني في المسائل التجارية دليلاً كافياً يستطيع القاضي أن يستند إليها في أي نزاع ينشأ في الأعمال التجارية التي حددها القانون بحيث يكون الإثبات فيها بال وسائل كافة ومن ضمنها المكالمة الهاتفية، إلا ما استثنى بنص خاص في قانون آخر يقيد هذا القانون، بمعنى لو صدر قانون خاص ينص على خلاف ذلك فهذا يعد استثناء لا يطبق عليه نص المادة (51) المذكورة أعلاه.

أما عن موقف قانون البينات الأردني فعند قراءة نصوصه لا نجد نص يعد المكالمة الهاتفية دليلاً في الإثبات رغم أن المشرّع قام بإعطاء رسائل الفاكس ورسائل التلكس والبريد الإلكترونية حجية الإسناد العادية من حيث الإثبات[2]، فهذا إن دل على شيء فهو يدل على أن المشرّع الأردني قد أغفل حجية المكالمة الهاتفية، فلا يجوز لأي شخص أن يستند على المكالمة الهاتفية لإثبات أي تصرف قانوني أو واقعة مادية لأن المشرّع لم يعطها حجية في الإثبات.

وهذا الحكم يسري على جميع التصرفات القانونية والوقائع المادية التي تبرم في المملكة الأردنية لغاية صدور قانون المعاملات الإلكترونية لأنه قد عد المكالمة الهاتفية صورة من صور الرسالة الإلكترونية، فعندما عرف رسالة المعلومات ذهب في تعريفها إلى أنها "المعلومات التي

---

(1) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص230.

(2) انظر: نص المادة (13/1-أ) من قانون البينات الأردني.

يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها "، وعندما عرف مصطلح المعلومات في ذات المادة ذهب إلى أنها "البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات".

فقد عد المشرّع من خلال هذا القانون الأصوات من قبيل المعلومات التي هي بدورها محل رسالة المعلومات التي يتم إرسالها عبر الوسائل الإلكترونية، وبالتالي فإن الكلام الذي يقوم بإرساله صاحبه من خلال الهاتف الخلوي الذي سبق وأن بينت بأنه أحد الوسائل الإلكترونية، يعد رسالة معلومات.

إن المشرّع الأردني قد شمل المكالمة الهاتفية مع بقية الصور والرموز وأعدها رسالة معلومات، وبعد ذلك جاء في المادة (7/أ) من قانون المعاملات الإلكترونية وأعطاها الحجية التي أعطتها التشريعات النافذة للوثائق الخطية، حيث نصت الفقرة (أ) من المادة (7) على: "يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات".

فهذا النص واضح يستخلص منه أن المشرّع الأردني قد أعطى للمكالمة الهاتفية حجية السند الخطي، وتعد هذه المادة خطوة جريئة من قبل المشرّع الأردني، عندما نظر إلى المكالمة الهاتفية على أنها دليل حالها حال الأدلة الكتابية مما يترتب على ذلك أنه يجوز للطرف الآخر أن يطعن بصحتها، ويجوز للقاضي أن يتأكد من صحتها، فمثل ما يعرض السند الكتابي على الخبراء ليتبين فيما إذا كان صادراً عن نفس الشخص أم لا، يحق له أن يعرض تسجيل المكالمة الهاتفية إلى الخبراء لكي يتأكدوا من صحتها[1].

ومن ناحية أخرى وتأكيداً للكلام السابق، فقد خطى المشرّع الأردني خطوة أخرى في قانون الأوراق المالية، حيث نصت المادة (113/ج) على أنه: "يجوز الإثبات في قضايا الأوراق

---

(1) المنصور، أنيس، مرجع سابق، ص166.

المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية الصادرة عن الحاسوب وتسجيلات الهاتف ومراسلات أجهزة الفاكسميلي وذلك على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر".

فمن خلال هذا النص يتضح لنا بأن المشرّع الأردني قد أكد مسلكه الذي سلكه في قانون المعاملات الإلكترونية حيث عد تسجيلات الهاتف وسيلة للإثبات لكن لم يبين حجيتها فيما إذا كانت تساوي السند الكتابي أم أقل منه أم أكثر، وبالتالي يرجع في ذلك للقانون الذي يعرف الوسائل والرسائل الإلكترونية والذي يعطيهم حجيتها ألا وهو قانون المعاملات الإلكترونية.

المطلب الثاني: إثبات التعاقد بالرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف الخلوي:

بالرجوع إلى قانون البينات الأردني، نجد أنه قد خلا من تعريف للرسالة المرسلة عبر الهاتف الخلوي، وهذا المسلك يحمد عليه المشرّع على اعتبار أن القانون غير معني بذكر التعريفات، وكذلك عند الرجوع إلى قانون المعاملات الإلكترونية الأردني نجده أيضاً لم يورد تعريفاً خاصاً بالرسالة المرسلة عبر الهاتف الخلوي سيما وأنه القانون المختص بالعقود التي تبرم عبر الوسائل الإلكترونية، لكن هذا المسلك الذي اتبعه المشرّع في قانون المعاملات الإلكترونية يختلف عن قانون البينات، فإنه لم يعرف الرسالة التي ترسل عبر الهاتف الخلوي بصورة خاصة لكنه قام بتعريف رسالة المعلومات بصورة عامة، حيث نصت المادة الثانية منه بأنها : "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البينات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".

فمن خلال هذا النص تجد أنه يضم في ثناياه رسالة الهاتف الخلوي وذلك عندما ذكر بأن الرسالة الإلكترونية هي: "معلومات يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل إلكترونية"، فلو طبقنا هذا الكلام على الرسالة التي ترسل عبر الهاتف الخلوي لوجدناه ينطبق عليها على اعتبار أنها معلومات ترسل أو تخزن أو تنشأ بوسيلة إلكترونية وهو الهاتف الخلوي.

وقد عرف جانب من الفقه الرسالة التي تصدر عبر الهاتف الخلوي بأنها : "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها بواسطة الهاتف النقال سواء كانت هذه المعلومات قد اتخذت شكل كتابة نصية أو صورة أو صوت أو صوت وصورة"[1].

وبعد أن بينا تعريف الرسالة المرسلة عبر الهاتف الخلوي، نأتي الآن لبيان حجيتها في الإثبات.

يعد نظام الرسائل البريدية الخلوية ثورة حقيقية في مجال الاتصالات، وهو نظام يساعد كثيراً في تخفيض تكلفة الاتصالات، وإذا كانت ميزة استخدام الهاتف الخلوي تتمثل في الوصول للشخص أينما كان، فإن نظام الرسائل الخلوية يمنح تلك الفرصة أيضاً زيادة على رخص ثمنها مقارنة بالمكالمة الخلوية ولا سيما إذا كانت دولية[2]، وتختلف أنواع الرسائل التي يمكن أن ترسل عبر الهاتف الخلوي منها رسائل (sms) التي تعد أشهر الأنواع وأقلها تكلفة وتتسم بقصرها، إذ يجب ألا يزيد محتواها عن (160) حرفاً، وبالرغم من ذلك فإنها أثبتت كفاءتها وفعاليتها عالمياً، وهناك أيضاً رسائل (multimedia message service) وهي تعد أكثر الأنواع تقدماً وأكثرها تكلفة، إذ تتيح إرسال رسائل "لايف" بالصوت والصورة وإمكانية إرسال إعلانات التلفزيون والراديو من خلال المحمول [3]، وتجدر الإشارة إلى أن ما يحد من انتشار هذا النوع هو أنه يتطلب نوعيات معينة من أجهزة الهاتف الخلوي، زيادة على تكاليفه المرتفعة، وتوجد أنواع أخرى للرسائل مثل تلك التي تعتمد على (browser) وتعني التسوق باستخدام (mobile internal)، وهناك أيضاً التسوق من خلال خطوط صوتية (voice based) وهذه الأنواع نادرة الاستخدام في التسوق بالمحمول نظراً لارتفاع تكاليفها مقارنة بالنوعين السابقين من الرسائل [4]، ولما كان

---

(1) بن سعيد، لزهر، مرجع سابق، ص136.

(2) الجميعي، عبد الباسط، مرجع سابق، ص24.

(3) الجميعي، عبد الباسط، مرجع سابق، ص24.

(4) العنزي، زياد خليف، مرجع سابق، ص74.

التعاقد عبر الرسائل الإلكترونية المرسلة عن طريق الهاتف الخلوي تعاقداً كتابياً؛ لأن طبيعة إجراءات التعاقد عن طريق الرسائل المر سلة عبر الهاتف الخلوي تستدعي الكتابة، فإن هذا يتطلب البحث في معنى الكتابة وشروطها ومدى توافرها في الرسائل الإلكترونية الخلوية.

أولاً: المقصود بالكتابة:

إن كلمة الكتابة في اللغة مشتقة من الفعل الثلاثي كتب بمعنى خط، فيقال : كتب الشيء: خطه، والكتابة ما كتب فيه، وتأتي بمعنى الإثبات، وبذلك يكون معنى الكتابة ما يخطه الإنسان ليثبت بها أمراً له أو عليه[1]، أما تعريف الكتابة قانونياً فقد سكتت أغلب قوانين الإثبات العربية، وهذا هو حال القانون الأردني، ولم تعرف الكتابة واكتفت ببيان أشكالها، وهي إما أن تكون رسمية أو عاد ية أو تكون عبارة عن رسائل وبرقيات، وتعرف الكتابة فقهاً بأنها نقوش ورموز تعبر عن الفكر والقول[2]، ويعني ذلك أنه لا يوجد هناك ما يلزم بالاعتقاد أن الكتابة بهذا المفهوم لا تكون إلا فوق الورق، فمن الجائز الكتابة على الورق، أو الجلد، أو الخشب، أو الحجر[3].

إلا أن مفهوم الكتابة تطور تطوراً ملموساً في ضوء المستجدات العلمية والتكنولوجية الجديدة وظهرت الكتابة الإلكترونية لتغير من مفهوم الكتابة التقليدية الذي عرفناه، وقد أخذت العديد من التشريعات بالمفهوم الواسع للفظ الكتابة لمواكبة معطيات التطورات التكنولوجية، ونشير هنا إلى الفقرة الأولى من المادة (80) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988م وتعديلاته التي جاء فيها : "يدون كاتب الضبط محضر المحاكمة بخط اليد، أو بوساطة أجهزة الحاسب أو الأجهزة الإلكترونية "، وكذلك المادة الثانية من قانون المعاملات

---

(1) ابن منظور (دون سنة نشر)، معجم لسان العرب، دار المعارف، ص816.

(2) العبودي، عباس، مرجع سابق، ص124.

(3) القضاة، مفلح، مرجع سابق، ص89.

الإلكترونية الأردني لسنة 2001م التي أوردت تعريفاً لرسالة المعلومات بأنها : "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو البريد الإلكتروني أو التلكس أو النسخ البرقي"، وجدير بالذكر في هذا الصدد أن القانون المدني الفرنسي وفقاً لآخر التعديلات كان أكثر القوانين تطوراً ووضوحاً في تحديد معنى الكتابة، إذ يفهم من نص المادة (1316) منه: "أن معنى الكتابة يشمل كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي إشارة ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أياً كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها والوسيط الذي تنتقل عبره"[(1)]، وبناءً على هذا النص يكون المشرّع الفرنسي قد تبنى تعريفاً موسعاً للإثبات؛ ليشمل صلاحية كل أشكال الكتابة للإثبات بما فيها الكتابة الإلكترونية، إلا أن القول بوجود الكتابة أو صحتها يحتاج لتوافر بعض الشروط.

ثانياً: شروط الكتابة اليدوية و مدى توافرها في الرسالة الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف الخلوي:

حتى تحقق الكتابة وظيفتها في الإثبات يجب أن تتوافر فيها بعض الشروط، هي:

1. أن تكون الكتابة مقروءة ونسبتها إلى صاحبها:

يتطلب تحقق الكتابة لوظيفتها في الإثبات أن تكون مقروءة ومضمونها واضح وتدون بشكل مفهوم سواء أكانت بحروف أم رموز معروفة [(2)]، فإذا ما رجعنا إلى الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف الخلوي نجد أن هذه الرسائل يمكن قراءتها في الأحوال جميعها باستخدام الجهاز الخلوي، وهو ما يعني استيفاءها لهذا الشرط المتعلق بإمكان قراءتها وفهمها طالما أن اللغة التي تظهر على شاشة الهاتف الخلوي هي لغة مفهومة ومقروءة لأطراف العقد، أما فيما يتلعق بالشق الثاني، وهو نسبة الرسالة إلى صاحبها، فقد عالجته المادتان (14، 15) من قانون

---

(1) نقلاً عن: الجميعي، عبد الباسط، مرجع سابق، ص34.

(2) القضاة، مفلح، مرجع سابق، ص90.

المعاملات الإلكترونية الأردني، فقد نصت المادة (14) على أنه: "تعد رسالة المعلومات صادرة عن المنشأ سواء صدرت عنه ولحسابه، أم بوساطة وسيط إلكتروني معد للعمل أتوماتيكياً بوساطة المنشأ أو بالنيابة عنه".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرّع الأردني يقرر بأن رسالة المعلومات قد صدرت عن المنشأ في الحالات الآتية:

1. إذا كانت هذه الرسالة صدرت عن المنشئ ولحسابه.

2. إذا كانت هذه الرسالة صدرت بوساطة وسيط إلكتروني معد للعمل أتوماتيكياً بوساطة المنشئ، أو بالنيابة عنه.

وقد أوردت الفقرة (أ) من المادة (15) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني الحالات التي يحق فيها للمرسل إليه أن يعد أن رسالة المعلومات قد صدرت عن المنشئ، وهذه الحالات هي:

أ -إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة معلومات سبق أن اتفق مع المنشئ على استخدامه لهذا الغرض للتحقق من أن الرسالة صادرة عن المنشئ.

ب -إذا كانت الرسالة التي وصلت للمرسل إليه ناتجة عن إجراءات قام بها شخص تابع للمنشأ، أو من ينوب عنه، ومخول بالدخول إلى الوسيلة الإلكترونية المستخدمة من أي منهما لتحديد هوية المنشئ.

أما الفقرة (ب) من المادة ذاتها فقد جاءت باستثناءين ومفاد هذين الاستثناءين أن ه لا يحق للمرسل إليه أن يفترض أن رسالة المعلومات قد صدرت عن المنشئ في حالتين، وهما:

أ –إذا استلم المرسل إليه إشعاراً من المنشئ يبلغه فيه أن الرسالة غير صادرة عنه، فعليه أن يتصرف على أساس عدم صدورها عن المنشئ.

ب –إذا علم المرسل إليه أو كان بوسعه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ.

ففيما يتعلق بالاستثناء الأول نلاحظ أن المشرّع الأردني لم يستثن الحالة التي يتحقق فيها المرسل إليه من أن رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ، وعن طريق استخدامه لنظام معالجة معلومات اتفق م ع المنشئ على استخدامه لهذا الغرض، فكيف يقرر المشرّع الأردني أنه يجب على المرسل إليه أن يعد الرسالة غير الصادرة عن المنشئ بمجرد تسلمه إشعاراً منه يفيد بذلك، حتى بعد التثبت من أن الرسالة صادرة عن المنشئ [(1)]. إن مثل هذا الاستثناء يفسح المجال أمام المنشء سيء النية في أن يتراجع عن أي رسالة أرسلها هو بأن يقوم فقط بإرسال مثل هذا الإشعار للمرسل إليه، وفيما يتعلق بالاستثناء الثاني نجد أن المشرّع الأردني لم يضع معياراً لمعرفة كيف يكون بوسع المرسل إليه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ وذلك بخلاف القانون النموذجي وقانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي اللذين حددا هذا المعيار إما ببذل عناية معقولة أو استخدام أي إجراء متفق عليه[(2)]، لذلك لا بد من مراجعة المشرّع الأردني لموقفه من هذه الاستثناءات.

2. الديمومة:

يشترط للاعتداد بالكتابة في الإثبات حفظها وإمكانية الرجوع إليها عند الضرورة، وقد أشار إلى هذا المعنى قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية بقوله: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومة مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات

---

(1) دودين، بشار، مرجع سابق، ص98.

(2) دودين، بشار، مرجع سابق، ص98.

الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً [(1)]. وكذلك المشرّع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية عندما اشترط في الكتابة الإلكترونية أن تحقق الوظيفة التقليدية، وهي حفظ الكتابة وإمكانية الرجوع إليها عند الحاجة [(2)]، وبالتالي يمكن تحقيق هذا الشرط في الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف الخلوي؛ لأن هذ ه الرسائل يتم حفظ محتواها في الشكل المرسلة به، والمعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها، وكذلك تاريخ إرسالها ومكانها، أو استلامها؟

3. عدم قابلية المستند للتعديل إلا بإتلاف المستند أو ترك أثر مادي عليه:

يشترط في الكتابة لكي يمكن الاحتجاج بها أن تكون خالية من العيوب المادية التي تؤثر في صحتها، كالكشط والمحو والتحشي[(3)].

بناءً على ما تقدم، فإن صحة الكتابة التقلديية مرهونة بعدم وجود عيوب مادية من شأنها أن تقلل من قيمتها من خلال الكشط والمحو والتحشير، أما الرسالة الإلكترونية فتتميز بقدرة المرسل على تعديلها بالإضافة أو الإلغاء لبعض مضمونها، وإعادة تنسيقها قبل إرسالها دون وجود أي علامة تدل على الإلغاء أو الإضافة، كما أن تعديلها من المرسل إليه أمر غير وارد، فلا يمكن للمرسل إليه تعديلها بالإضافة أو الإلغاء لبعض مضمونها، ويمكن إجراء مطابقة بين ملخص الرسالتين بحيث تكون الرسالة التي وصلت إليه هي الرسالة العائدة للمرسل، ولم يجر عليها أي تغيير، وهو ما يعني استيفاءها لهذا الشرط المتعلق بعدم وجود عيوب مادية من شأنها أن تقلل من قيمتها من خلال الكشط والمحو والتحشير، وهكذا نلاحظ أن الكتابة التقليدية القائمة على وسيط ورقي والكتابة المستحدثة القائمة على وسيط إلكتروني يحققان الوظيفة ذاتها في

---

(1) الجنيهي، منير، والجنيهي، ممدوح، مرجع سابق، ص54.

(2) انظر: نص المادة (1/9) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

(3) الجميعي، عبد الباسط، مرجع سابق، ص24.

الإثبات، وأن شروط الكتابة التقليدية متوافرة في الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف الخلوي[1].

في ضوء الحاجة إلى الاعتراف بالرسائل الإلكترونية في الإثبات والاعتراف بحجيتها كدليل كتابي كامل من أجل استقرار المعاملات التي تتم على الوسائط الإلكترونية، فقد اتجه المشرّع الأردني إلى تبني المنظور الوظيفي للرسائل في الإثبات بما يسمح لها باستيعاب الرسائل المرسلة عبر الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني[2].

هذا وقد أصدر المشرّع الأردني قانون المعاملات الإلكترونية ليسمح بقبول الرسالة الإلكترونية في الإثبات، إذ نص في المادة السابعة من القانون المذكور على أنه:

أ –يعد السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات.

ب –لا يجوز إغفال الأثر القانوني لأي مما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة لأنها أجريت بوسائل إلكترونية شريطة اتفاقها مع أحكام هذا القانون.

ومما لا شك فيه أن ما ورد في قانون البيانات من إعطاء حجية في الإثبات للرسائل الإلكترونية دون اشتراط توثيقها بتوقيع إلكتروني هو توجه معيب [3]، إلا أن المشرّع الأردني تدارك هذه الثغرة في قانون المعاملات الإلكترونية عندما طلب أن تكون الرسائل الإلكترونية موثقة بتوقيع إلكتروني، فقد جاء في المادة (33/ب) من القانون الذمكور ما يلي : "إذا لم يكن السجل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني موثقاً فليس له أي حجية".

---

(1) الجميعي، عبد الباسط، مرجع سابق، ص24–25.

(2) انظر: نص المادة (3/13) من قانون البينات الأردني.

(3) المنصور، والشرايري، مرجع سابق، ص27.

نخلص مما سبق بأن ما ورد في قانون المعاملات الإلكترونية هو أخص ما ورد في قانون البينات باعتبار أن الأخير يعد قانوناً عاماً بالنسبة لقانون المعاملات الإلكترونية، ومن جانب آخر فإن المشرّع الأردني عندما تطل ب أن تكون الرسائل الإلكترونية موثقة بتوقيع إلكتروني تغلب على إشكالية تحديد هوية الشخص المتعاقد، وأهليته للتعاقد.

بقي أن نشير إلى أن حجية الرسالة الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف الخلوي ليست مطلقة فإنها لا تسري على معاملات معينة ذكرها المشرّع الأردني على سبيل المثال لا الحصر، فمن خلال الرجوع إلى المادة (6) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني نجدها تنص على : "لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي:

أ –العقود والمستندات والوظائف التي تنظم وفقاً لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها:

1. إنشاء الوصية وتعديلها.
2. إنشاء الوقف وتعديل شروطه.
3. معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.
4. الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.
5. الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.
6. لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

ب –الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استناداً لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول".

فمن خلال هذه المادة يتبين لنا أن أحكام هذا القانون لا تسري على العقود والمستندات والوثائق التي تنظم بتشريعات خاصة ويشمل هذا الاستثناء جميع أحكام قانون المعاملات الإلكترونية، بمعنى أن الرسالة الإلكترونية سواء كانت مكالمة هاتفية أو رسالة صادرة عن الهاتف فلا تنطبق أحكامها على العقود والوثائق التي نصت عليها هذه المادة إلا إذا كانت التشريعات الخاصة التي تنظم العقود آنفة الذكر تنص على إمكانية تطبيق هذا القانون.

يلاحظ أن الفقرة (ب) من هذه المادة استثنت الأوراق المالية من تطبيق هذا القانون، وبالرجوع إلى قانون الأوراق المالية نجد أن المادة (113/ج) تقضي بإمكانية الإثبات في قضايا الأوارق المالية بواسطة تسجيلات الهاتف أي بمعنى أن قانون المعاملات الإلكترونية قد عد الأوراق المالية استثناءً على القانون ويجب أن تنظم بقانون خاص، وجاء القانون الخاص ينص على إمكانية استخدام الهاتف في إثبات قضايا الأوراق المالية بمعنى أنه أعطى للرسالة التي تصدر عن الهاتف الخلوي حجية في الإثبات.

المبحث الثاني

الاختصاص القضائي والتشريعي بنظر المنازعات الناشئة عن التعاقد عبر الهاتف الخلوي

سأبحث من خلال هذا المبحث اختصاص المحكمة الأرد نية بنظر النزاع الناشئ عن العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي سواء أكان مشوباً بعنصر أجنبي أم غير مشوب، وكذلك سأبحث في القانون الواجب التطبيق على العقد المذكور.

لذلك سأقسم هذا المبحث إلى مطلبين، أبحث في المطلب الأول اختصاص المحكمة الأردنية بنظر النزاع الناشئ ع ن العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي، في حين أبحث في المطب الثاني القانون الواجب التطبيق على العقد المذكور.

المطلب الأول: اختصاص المحكمة الأردنية بنظر النزاع الناشئ عن العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي:

إذا كان العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي في الغالب الأعم مشو باً بعنصر الأجنبي، فإنه أحياناً نادرة لا يكون كذلك، لذلك سأبحث هاتين المسألتين في فرعين.

الفرع الأول: العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي غير المشوب بعنصر أجنبي:

إذا ثار نزاع في شأن هذا العقد غير المشوب بعنصر أجنبي، واختار صاحب المصلحة رفع دعوى قضائية، فإنه يتعين عليه رفعها أمام المحكمة المختصة قيمياً ومكانياً.

أولاً: الاختصاص القيمي:

إذا كان محل العقد أو موضوعه لا يزيد على سبعة آلاف دينار، فإن محكمة الصلح تعد مختصة اختصاصاً قيمياً بنظر النزاع الذي ثار بصدد العقد وفقاً لأحكام المادة (3/1) من قانون محاكم الصلح رقم (15) لسنة 1952م وتعديلاته، وفي المقابل إذا كان محل ذلك العقد تزيد قيمته على سبعة آلاف دينار فإن الاختصاص القضائي في النزاع بشأنه ينعقد لمحكمة البداية باعتبارها صاحبة الولاية العامة، وتختص فيما يخرج عن اختصاص المحاكم الأخرى وفقاً لأحكام المادة (30) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم (24) لسنة 1988م وتعديلاته.

ثانياً: الاختصاص المكاني:

يختلف الاختصاص القضائي المكاني باختلاف صفة العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي، فإذا كان هذا العقد مدنياً فإن النظر في النزاع الذي يثور بشأنه ينعقد لمحكمة موطن المدعي عليه، أو مكان إقامته المؤقت وفقاً لنص المادة (36) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

أما إذا كان ذلك العقد تجارياً فإن النظر في النزاع الذي يثور بشأنه ينعقد لمحكمة موطن المدعي عليه، أو المحكمةا لتي تم في دائرتها الاتفاق وتسليم البضاعة، أو التي يقع في دائرته ا المكان الذي يجب فيه الوفاء وفقاً لنص المادة (44) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني.

علماً بأنه من غير المتصور أن ينعقد الاختصاص للمحكمة التي تم فيها الاتفاق، وعلة ذلك أن العقد المذكور ينعقد في مكان افتراضي محايد هو البيئة الإلكترونية والتي لا وجود مادي لها في مكان معين[1]. ومن جهة أخرى لا يتصور أن يكون المعقود عليه في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي عقاراً أو حقاً عينياً وارداً على عقار؛ لأن المادة (6/أ/3) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني استثنتها من أحكام هذا القانون، مما يعني أنه لا تثور مسأ لة عقد الاختصاص القضائي المكاني للعقد المبرم عبر الهاتف الخلوي استناداً إلى ضابط موقع العقار.

الفرع الثاني: العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي المشوب بعنصر أجنبي:

قد يكون العنصر الأجنبي جنسية أطراف العقد، أو مكان إقامتهم، أو موطنهم، أو مكان تنفيذ العقد، ومهما كان سبب العنصر الأجنبي في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي، فإنه يجعل الاختصاص القضائي للمحكمة الأردنية منوطاً بقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الأردنية المنصوص عليها في المواد من (27–29) من قانون أصول المحاكمات المدنية، ويمكن إجمال هذه القواعد فيما يلي:

أولاً: الاختصاص المبني على القبول الصريح أو الضمني:

---

(1) مجاهد، أسامة، مرجع سابق، ص105.

نصت على هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة (27) من قانون أصول المحاكمات الأردني بقولها: "تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى، ولو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحةً أو ضمناً".

يفهم من هذا النص أنه لكي ينعقد الاختصاص للمحكمة الأردنية وفقاً لهذه الحالة لا بد من توافر الشرطين التاليين:

الشرط الأول: ألا تكون المحكمة الأردنية مختصة بحسب الأصل، كما لو كان الأجنبي المدعي عليه في الدعوى له موطن في الأردن، أو مكان إقامة مؤقت فيها حسب ما جاء بنص المادة (36) من هذا القانون.

الشرط الثاني: قبول المدعي الأجنبي ولاية المحكمة الأردنية، ويكون هذا القبول إما صريحاً وإما ضمنياً ويأخذ القبول الصريح أي شكل من أشكال التعبير القاطع الدلالة على القبول، كالكتابة أو القول، كما يحمل القبول الضمني على كل ما من شأنه استخلاص القبول كأن يمثل المدعى عليه أمام المحكمة الأردنية أو يوكل من ينوب عنه في الدعوى دون الاعتراض على اختصاص المحكمة[1].

ثانياً: الاختصاص في المسائل والطلبات المرتبطة في الدعوى الأصلية:

نصت على هذه الحالة الفقرة الثالثة من المادة (27) من قانون أصول المحاكمات المدنية بأنه: "إذا رفعت للمحاكم الأردنية دعوى داخلة في اختصاصها فإنها تكون مختصة أيضاً بالفصل في المسائل والطلبات المرتبطة بالدعوى الأصلية، وفي كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظر فيها.

---

[1] الزعبي، عوض (2011). أصول المحاكمات المدنية الأردني، دار الثراء للنشر في الأردن، ومكتبة الجامعة بالشارقة، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، ص146.

ووفقاً لهذا النص فإن المحكمة الأردنية تكون مختصة إذا توافرت الشروط التالية:

1. أن تكون المحكمة مختصة أصلاً في دعوى منظورة أمامها.
2. أن يكون أحد الخصوم أجنبياً، ويعد أجنبياً كل من ليس أردنياً.
3. أن تكون المسألة أو الطلب المعروض على المحكمة مرتبطاً ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالدعوى المنظورة من قبلها.

ثالثاً: الاختصاص استناداً إلى موطن الأجنبي المختار:

تعد المحكمة الأردنية مختصة بنظر دعوى العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي المرفوعة على أجنبي، إذا تضمن هذا العقد اتفاقاً مع المتعاقد الآخر، على أن يكون الأردني أو أي جزء فيه موطناً مختاراً لتنفيذ هذا العقد، أو بعضاً من الالتزامات الواردة فيه[1].

رابعاً: الاختصاص استناداً إلى ضابط المكان:

وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة (28) من قانون أصول المحاكمات فإن المحاكم الأردنية تختص بنظر الدعوى المرفوعة على الأجنبي إذا كان موضوعها يتعلق بمال موجود في الأردن، أو بالتزام نشأ أو نفذ فيها أو كان واجباً تنفيذه فيها، أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها . وعلى ذلك فإن المحكمة الأردنية تعد مختصة وفقاً لضابط المكان[2] في الحالات التالية:

1. **إذا كان المال محل العقد الإلكتروني موجوداً في الأردن:**

تفترض هذها لحالة أن يكون المعقود عليه في العقد المبرم وعبر الهاتف الخلوي موجوداً في الأردن وقت رفع الدعوى، ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا المال قد وجد بعد انعقاد العقد، أم

---

(1) الزعبي، عوض، مرجع سابق، ص149.

(2) الزعبي، عوض، مرجع سابق، ص150-151.

أثنائه، أم قبله، ولما كانت العقارات والمنقولات ذات الطبيعة الخاصة لا تصلح أن تكون محلاً لهذا النوع من التعاقد، مما يعني أن لفظ المال يجب قصره على المنقولات العادية فقط.

2. إذا كان العقد الإلكتروني قد أبرم في الأردن أو نفذ أو كان واجباً تنفيذه فيها:

العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي يبرم في بيئة إلكترونية، لذلك فإن تحديد مكانه يعد تحديداً قانونياً افتراضياً اقتضته الضرورة العملية والقانون ية بالنظر إلى الأهمية القصوى لمعرفة مكان انعقاد العقد كضابط يلجأ إليه في مسائل قانونية ومن بينها تحديد اختصاص المحكمة المكاني.

وعليه فإن القول بانعقاد العقد في الأردن إنما يمكن أن يجعل الاختصاص منعقداً للمحكمة الأردنية في نظر الدعوى المتعلقة به.

أما مسألة تنفيذ هذا العقد في الأردن، أو وجوب تنفيذه فيها فلا تثير إشكالية قانونية، حيث تعد أيضاً المحكمة الأردنية مختصة بنظر الدعوى المتعلقة بالعقد متى نفذت الالتزامات المترتبة عليه في الأردن تنفيذاً معيباً أو تنفيذاً جزئياً أو التأخر في التنفيذ أو لم تنفذ نهائياً ، وهذه الحالات تقوم بها المسؤولية العقدية في مواجهة المتعاقد الذي أخل بالالتزام، وتعطي للآخر مصلحة في رفع هذه الدعوى.

3. إذا كان الطرف الثاني في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي أكثر من شخص:

تفترض هذه الحالة أن يكون الطرف الثاني عدة أشخاص متضامنين في مواجهة الطرف الآخر، ويقع الإخلال بالالتزامات المترتبة على العقد من هؤلاء، ويكون من بينهم واحد أو أكثر له موطن أو محل إقامة في الأردن، حيث ينعقد الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها

موطن ذلك الشخص أو محل إقامته، ويكون لها محاكمتهم جميعاً بغض النظر عن موطن البقية، أو محل إقامتهم، أو جنسيتهم[1].

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي:

إذا كان العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي مشوباً بعنصر أجنبي، فإن ذلك يفرض على القاضي الأردني الذي ينظر الدعوى مباشرة أن يعود إلى قواعد الإسناد الخاصة بالعقود، وذلك لمعرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى.

ما يهمنا من قواعد الإسناد الأردنية هي القاعدة التي تتعلق بالالتزامات التعاقدية من حيث موضوعاها دون شكلها، إذ إن العقود الإلكترون ية وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية لا تنعقد في الحالات التي يتطلب فيها القانون شكلاً معيناً تجب مراعاته، وبالتالي لن يتم التعرض لقاعدة الإسناد الواردة في المادة (21) من القانون المدني الأردني وهي التي تختص بتحديد القانون الذي يحكم شكل العقد فيجعل من الممكن سريان قانون البلد الذي تم فيه العقد أو القانون الذي ينطبق على الأحكام الموضوعية للعقد، أو قانون موطن المتعاقدين أو قانون جنسيتهما.

إن الرجوع إلى قواعد الإسناد الأردنية الخاصة بالعقود الغاية منها هي معرفة مدى إمكان إعمالها في مجال العقد المبرم عبر الها تف الخلوي بخاصة أن أحد ضوابط الإسناد في تلك القاعدة هو مكان انعقاد العقد، وهو في مجال هذا العقد هو مكان وهمي افتراضي، فهو البيئة الإلكترونية والتي لا مكان لها محسوس أو مادي، وتنص المادة (1/20) من القانون المدني الأردني على ما يلي:

---

[1] الزعبي، عوض، مرجع سابق، ص153.

1. يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك.
2. على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار .

يلاحظ من هذه المادة أن المشرّع الأردني قد وضع ثلاثة ضوابط للإسناد وقد أدرجها في نص المادة المذكورة على سبيل التدرج لا على سبيل التخيير، بمعنى أنه يلزم إعمال ضابط الإسناد الأول، فإذا لم يوجد فيعمل بالتالي وهكذا، وهذه الضوابط هي:

أولاً: ضابط إرادة المتعاقدين:

إذا اتفق المتعاقدان، سواء بمقتضى شرط من شروط العقد أو اتفاق مستقل عن العقد الأصلي على تطبيق قانون معين على العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي، فإن مؤدى هذا الاتفاق هو جعل القانون المتفق عليه هو الواجب التطبيق على ذلك العقد، ويرى جانب من الفقه [1] أنه لا بد لإعمال هذا الضابط من أن يكون حد أدنى من الارتباط بين القانون المتفق عليه بإرادة الأطراف والعقد الذي يربطهما ويراد تطبيق ذلك القانون عليه، وبالتالي فإن لطرفي العقد الاتفاق بإرادتهما على قانون معين لحكمه، ويصبح على القاضي وجوب الأخذ به وتطبيقه، ولا يعفيه من ذلك سوى ثبوت حالة مخالفة ذلك القانون للنظام العام في دولته.

والنظام العام مجموعة المبادئ الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في دولة القاضي والتي تجب حمايتها، ويعد القاضي هو الحارس على النظام العام في دولته[2].

وتطبيقاً لذلك، لو وجد القاضي الأردني أن القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي يسمح بانعقاد هذا العقد رضائياً ولو كان محله عقاراً أو غيره من الأموال التي لا يسمح قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بانعقادها على هذا النحو، فإن ذلك القانون يعد مخالفاً للنظام العام الأردني لما فيه من اختلاف كبير في الأحكام تؤثر على النظام الاقتصادي الأردني، ويكون له في هذه الحالة استبعاد ذلك القانون من التطبيق استناداً لنص المادة (29) من القانون المدني التي تنص على : "لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينية النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية

---

(1) الهداوي، حسن (2005). القانون الدولي الخاص – تنازع القوانين في القانون الأردني – دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الإصدار الثالث، ص150.

(2) الهداوي، حسن، مرجع سابق، ص189.

الهاشمية"، ويترتب على هذا الاستبعاد نتيجة قانونية منطقية مؤداها تطبيق القانون الأردني على النزاع بدل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته النظام العام[1].

ثانياً: ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين:

إذا كان كلا المتعاقدين في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي ينتميان إلى موطن واحد، فإن قانون هذا الموطن هو الواجب التطبيق على هذا العقد المشتمل على عنصر أجنبي، كأن تكون جنسية أحدهما مختلفة عن جنسية الآخر.

وما قيل في شأن استبعاد قانون الإرادة يقال في شأن استبعاد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، فلا يصح للقاضي استبعاده من التطبيق ما لم يكن مخالفاً للنظام العام، وهناك حالة أخرى يمكن أن تنهض في هذا الغرض ويستبعد بالتالي قانون ذلك الموطن وتتمثل في حالة الغش نحو القانون[2].

فلو أن أحد العاقدين في العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي عمد إلى تغيير موطنه ليصبح هو ذاته موطن المتعاقد الآخر تمهيداً إلى تطبيق قانون الموطن المشترك على العقد يتحقق بذلك الغض نحو القانون.

ونتيجة هذا الغش تتمثل في استبعاد تطبيق القانون الذي تم الغش أو الاحتيال لأجل تطبيقه ومن ثم تطبيق القانون الذي تم الغش لأجل استبعاده[3].

---

(1) الهداوي، حسن، مرجع سابق، ص191.

(2) المصري، محمد وليد (2002). الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص – دراسة مقارنة مع القانون الأردني مع التشريعات العربية والقانون الفرنسي، مكتبة الجامعة للنشر، عمان، الطبعة الأولى، ص280.

(3) المصري، محمد، مرجع سابق، ص281.

ثالثاً: ضابط المكان:

وفقاً لنص المادة (20) من القانون المدني الأردني فإن على القاضي في حال غياب الضابطين السابقين أن يعمل الضابط الأخير، وهو ضابط مكان إبرام العقد.

تبدو المشكلة هنا بوضوح بمجرد أن ندرك أن هذا المكان وهمي وافتراضي، فهو القضاء الإلكتروني الذي لا يحتل حيزاً مكانياً معيناً، وهو ما دفع المشرّع الأردني إلى وضع معيار يحدد على أساسه مكان انعقاد ذلك العقد بصورة افتراضية، وهو إما معيار مقر العمل، أو معيار مكان الإقامة حسب ما نصت عليه المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية.

ولما كان العقد المبرم عبر اله اتف الخلوي ينعقد مثل غيره يتطابق القبول مع الإيجاب، فإن ذلك يعني أن صدور القبول بمقتضى رسالة إلكترونية ممن وجه إليه الإيجاب يجعل العقد منعقداً، أما مكان انعقاده فهو ليس ماكن صدور القبول وإنما المكان الذي يوجد فيه مقر عمل القابل، وفي حالة عدم وجود مقر عمل لـه فمكان إقامته، وإذا كان له أكثر من مقر عمل فيعتد بمقر العمل الذي يكون أكثر ارتباطاً بالعقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي وفقاً لقانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

فمثلاً لو أن (محمد) مقيم في عمان ومقر عمله في سوريا، بينما (حسين) مقيم في مصر ومقر عمله في العراق، وقام هذا الأخير وهو في الصين بإعداد رسالة إلكترونية تتضمن إيجاباً، وأعطى أمراً إلكترونياً للحاسب الآلي بإرسالها إلى (محمد) فإنه يكون قد أرسلها حكماً من مقر عمله وهو العراق ويكون (محمد) قد تسلمها حكماً في سوريا، وإن تصفحها ورد عليها وهو في بريطانيا مثلاً بواسطة بريده الإلكتروني الموجود في هاتفه الخلوي.

الفصل الخامس

الخاتمة والنتائج والتوصيات

أولاً: الخاتمة:

لقد تضمنت الدراسة مقدمة عامة في مجال الحديث عن التعاقد عبر الهاتف الخلوي، ففي الفصل الأول بيّن الباحث أهم الأفكار الرئيسة التي يتضمنها البحث القانوني، ومن خلال الفصل الثاني تم بيان مفهوم العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي سواء من حيث تعريف الهاتف الخلوي وتمييزه عن غيره من وسائل الاتصال الإلكترونية الأخرى، وكذلك بينا مدى مشروعية التعاقد به في ظل القواعد العامة الواردة في القانون المدني الأردني، وبين ا أيضاً خصائصه وصور المعاملات الإلكترونية التي تتم من خلال التعاقد به.

وفي الفصل الثالث وضحنا الأحكام القانونية الناظمة لإبرام العقد عبر الهاتف الخلوي وذلك من خلال بيان أركان العقد وزمان ومكان انعقاده.

ومن خلال الفصل الرابع بينا آلية إثبات التعاقد عبر ال هاتف الخلوي والجوانب القانونية المتصلة بهذا الموضوع، وكذلك أوضحنا المحكمة المختصة بنظر النزاعات الناشئة عن هذا التعاقد، وكذلك بينا القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي.

ومن خلال ما تم بحثه ودراسته ضمن الفصول سابقة الذكر، فقد توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات التي نرى ضرورة أن يأخذ بها المشرّع الأردني.

ثانياً: النتائج:

نورد فيما يلي أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة، وهي:

1. أن التشريع الأردني – بعد صدور قانون المعاملات الإلكترونية، وبعد إدخال التعديلات على قانون البينات – مرحلة جديدة قوامها الاعتراف بالوسائل الإلكترونية في التعاقد والإثبات ومنحها الحجية المقررة لوسائل التعاقد والإثبات بصورتها التقليدية.
2. يعد التعاقد عبر الهاتف الخلوي حقلاً قانونياً شائكاً ليس من السهل ارتياده ولا سيما في الدول التي لا تأخذ تشريعاتها بجو از التعاقد بتلك الوسائل؛ لأن المشكلة التي تواجه المعاملات والعقود التي تبرم عبر الهاتف الخلوي هي في المقام الأول مشكلة إثبات أمام القضاء؛ ولا سيما وأن استخدام هذه الوسائل في إبرام المعاملات والعقود كالبيع والشراء، أو الإيجار وغيرها أصبح في تزايد مستمر، خاصة إذا ما علمنا أن الميدان الرئيس الذي يحيا ويتواجد به إجراء هذا النوع من التعاقد هو ميدان التجارة الإلكترونية.
3. إن تحديد مكان انعقاد العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي بوصفه تعاقداً ما بين غائبين في ظل القانون المدني الأردني، لا يتلاءم وهذه الوسيلة الحديثة في ا لتعاقد، وذلك لأن العلم بالقبول عن طريق هذه الوسائل يحصل دوماً في المكان الذي توجد فيه، كما أن المشرّع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية لم يعالج مسألة مكان وزمان انعقاد العقد عبر الوسائل الإلكترونية ومن ضمنها الهاتف الخلوي.
4. إن مدى اعتبار العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي عقداً مسمى أم غير مسمى يرجع إلى تقدير المشرّع فيما إذا وجد أن عقداً ما يحظى بأهمية كبيرة في الحياة العملية ولم ينظمه، فإنه غالباً ما يتصدى لتنظيم أحكامه تنظيماً خاصاً، وعندئذ ينتقل العقد من عقد غير مسمى إلى عقد مسمى، وفي جميع الأحوال تطبق القواعد العامة الواردة في القانون المني على كلا العقدين وفق التفصيل الذي ذكرناه في متن هذا البحث.

5. أنه رغم سكوت القانون المدني والأردني عن حالة التعاقد بالهاتف الخلوي، إلا أنه بالرجوع إلى المبادئ العامة للعقد وبعض النصوص القانونية، يتبين لنا مشروعية التعاقد بهذه الطريقة الحديثة.

6. يمكن إدراج طريقة التعبير عن الإرادة بالهاتف الخلوي تحت صفن طرق التعبير بالكتابة، ولكنها كتابة من نوع خاص، فهي ليست كتابة على الورق، لكنها كتابة بطريقة إلكترونية.

7. قد أنهى قانون المعاملات الإلكترونية الأردني جدلاً كبيراً حول وسيلة التعبير عن الإرادة في التعاقد بوسائل إلكترونية ومنها الهاتف الخلوي عندما اعتبر رسالة المعلومات وسيلة صالحة للتعبير عن الإرادة إيجاباً وقبولاً.

8. إن نظرية تسلم القبول تعد النظرية الأنسب للتطبيق على الرسائل المرسلة عبر الهاتف الخلوي، ذلك أن نظرية إعلان القبول التي أخذ بها المشرّع الأردني ونظرية العلم بالقبول لا تفيان بالغرض، إذ لا يعلم الموجب بقبول القابل، لأنه في الحالة الأولى لم يبعث رسالة قبوله فكيف يتسنى للموجب أن يعلم بالقبول؟ وفي الحالة الثانية حتى لو بعث بالرسالة إلى الموجب قد تضيع الرسالة، أو يتم رفضها إذا كان هاتفه الخلوي مغلقاً.

9. يعد قانون البينات الأردني وقانون المعاملات الإلكترونية من التشريعات المتقدمة في اعتماد السندات الإلكترونية الموقعة بطريقة إلكترونية كوسيلة إثبات كاملة وتعادل وظيفياً الأسناد العادية الموقعة بصورة تقليدية، إضافة إلى الإثبات من خ لال المحررات والتواقيع الإلكترونية، والمتفرعة عن وسائط الاتصال الإلكترونية الحديثة.

10. إن قانون الأوراق المالية الأردني رقم (76) لسنة 2002م هو السباق في الإشارة للتسجيلات الصوتية باعتبارها وسيلة إثبات في قضايا الأوراق المالية، وجاء النص على ذلك في المادة (113/ج) منه والتي نصت : "يجوز الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية الصادرة عن الحاسوب وتسجيلات الهاتف،

ومراسلات أجهزة الفاكسميلي، وذلك على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر "، في حين سكت المشرّع الأردني عن بيان حجيتها في إثبات باقي المعاملات.

11. لم يتضمن كل من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني النص على الالتزام بالتبصير وحق الرجوع، وهو ما يعد نقصاً تشريعياً يحرم المستهلك في التعاقد عبر الهاتف الخلوي من الحماية اللازمة.

12. إن الإعلان الموجه للجمهور بالرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف الخلوي يعد إيجاب طالما أنه اشتمل على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، كأن يتضمن تحديد السلعة أو الخدمة تحديداً نافياً للجهالة، وأن يحدد الثمن، أما إذا لم يتضمن الإعلان ذلك فإنه يعد دعوة للتعاقد.

13. إن المشرّع الأردني أورد عدة استثناءات يجوز بموجبها الإثبات بغير الدليل الكتابي، وفي ضوء بعض هذه الاستثناءات يمكن الاستفادة منها في إعطاء المكالمة الهاتفية الخلوية حجة قانونية في الإثبات.

14. بخصوص إثبات الرسائلة المرسلة عبر الهاتف الخلوي، فقد تبين أن المشرّع الأردني تمشياً مع الاتجاهات الحديثة في التشر يعات الوطنية تبنى المفهوم الوظيفي المتسع للكتابة بما يسمح لها باستيعاب هذه الرسائل الإلكترونية.

15. خلو قانون البينات الأردني وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني من نص يقرر حجية التسجيل الصوتي في الإثبات المدني.

16. لا يعد المكان الذي يتواجد فيه المتعاقد الذي صدر منه القبول إلكترونياً هو مكان إبرام العقد، وإنما مقر عمله، فإن لم يوجد فمكان إقامته، وعلة ذلك انعدام الصلة بين ذلك المكان الذي قد يتواجد فيه المتعاقد بصورة عرضية وموضوع العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي، مما جعل المشرّع الأردني يعد حكماً أن القبول الإلكتروني صدر في مقر عمله أو في مكان

إقامته نظراً لوجود قدر بين مقر العمل أو مكان الإقامة من ناحية، وموضوع العقد من ناحية ثانية.

17. أنه إذا كان ضابط المكان هو المتبع لتحديد اختصاص المحكمة أو القانون الواجب التطبيق، فإن ذلك المكان يجب أن يفهم على أنه مكان مقر عمل المتع اقد الذي صدر منه القبول، أو مكان إقامته عند عدم وجود مقر عمل له.

ثانياً: التوصيات:

في ضوء النتائج التي أوردناها سابقاً، فإن الباحث يوصي بما يلي:

1. أوصي بأن يأخذ المشرّع الأردني بخصوص زمان ومكان إبرام العقد عبر الهاتف الخلوي بنظرية تسلم القبول، ونقترح في ه ذا الصدد النص الآتي : "يعد التعاقد بوسائل إلكترونية كالهاتف الخلوي والتلكس والفاكس والحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى قد تم في المكان الذي توجد فيه هذه الوسيلة أو الجهاز المستخدم، وقد تسلم الموجب القبول، ويفترض أن الموجب من تسلم القبول في الوقت الذي تسلم فيه الرد"، وأقترح أن يضمّن هذا النص ضمن قانون المعاملات الإلكترونية.
2. أوصي المشرّع الأردني بأن يضمن قانون المعاملات الإلكترونية حق الرجوع، وأن يعالج الالتزام بالتبصير لتوفير حماية فعّالة للمتعاقد عبر الهاتف الخلوي.
3. أوصي المشرّع الأردني بضرورة معالجة حجية التسجيل الصوتي في الإثبات المدني بشكل عام، والتسجيل الصوتي للمكالمة الهاتفية الخلوية على وجه الخصوص، وأقترح إضافة بند رابع إلى المادة (13) من قانون البينات الأردني، ونقترح النص بأن يكون على النحو الآتي: "يجوز الإثبات في المعاملات بواسطة التسجيلات الصوتية للمكالمات التي تتم عبر الهاتف

أو أي من أجهزة الاتصال الخلوية أو السلكية أو بأية طريقة أخرى مماثلة، ويكون لمستخرجات المواد المسجلة قوة الإسناد العادية في الإثبات ما لم يثبت عدم نسبة التسجيل لأي من المتعاقدين أو في حال ثبوت تزويره".

4. أوصي المشرّع الأردني بإنشاء غرفة قضائية متخصصة بنظر المنازعات الإلكترونية بحيث تشمل في تشكيلها خبيراً متخصصاً في مجال تقنيات الاتصال وعقد ندوات ودورات تدريبية لرجال القضاء بهدف إعداد كوادر قضائية تساير المستجدات الحديثة في مجال الاتصالات الإلكترونية المختلفة.
5. أوصي المشرّع الأردني بإنشاء مكتب توثيق إلكتروني يتولى توثيق المعاملات الإلكترونية الأمر الذي من شأنه أن يضفي مزيداً من الثقة والأمان للمتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية.
6. لتفادي المشكلات التي قد تنشأ عن تنفيذ العقد المبرم عبر الهاتف الخلوي، أوصي الأطراف المتعاقدة بما يلي:

أ –دقة صياغة العقد باستخدام ألفاظ تتسم بالإحكام والانضباط وتجنب الألفاظ المرنة قدر الإمكان، بحيث يظهر الصياغة بكل وضوح عن نية الأطراف.

ب –تحديد العناصر الجوهرية للعقد مثل محل العقد من حيث مشروعيته، ومن حيث الالتزامات المتعلقة به من تسليم وضمان، والمقابل من حيث كيفية الوفاء ونوع العملة لما ينطوي على الوفاء الإلكتروني من إشكاليات.

ج –تحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن العقد وفقاً للقواعد المنصوص عليها قانوناً.

د – تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بدقة، تجنباً للدخول في إشكاليات هذا الموضوع وبخاصة تكييف العقد لتحديد هذا القانون.

هـ -أن يشمل العقد حلاً آخر لحل المنازعات التي قد تنشأ مثل التحكيم الذي يعد وسيلة فعّالة في فض المنازعات بالطرق القوية.

و -تحديد المستندات التي تكون جزءاً من العقد مثل الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الهاتف الخلوي والمطبوعات المتبادلة بين الطرفين التي أدت إلى التعاقد.

قــائــمــة الــمــراجــع

أولاً: كتب اللغة:

1. ابن منظور (دون سنة نشر). **معجم لسان العرب**، دار المعارف.

ثانياً: الكتب القانونية باللغة العربية:

1. إبراهيم، خالد ممدوح (2006). **إبرام العقد عبر الوسائل الإلكترونية**، دار الفكر الجامعي، دون مكان نشر، دون طبعة.
2. أبو الليل، إبراهيم الدسوقي (2003). **الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية**، جامعة الكويت، ط1.
3. أسامة، مجاهد (2009). **خصوصية التعاقد عبر الإنترنت**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3.
4. بن سعيد، لزهر (2012). **النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1.
5. الجمال، مصطفى (2008). **القانون المدني في ثوبه الإسلامي – مصادر الالتزام**، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، ط2.
6. الجميعي، عبد الباسط (2008). **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت**، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3.
7. الجنبيهي، منير محمد، والجنبيهي، ممدوح محمد (2011). **قوانين الأونسيترال النموذجية**

في مجال التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط3.

8. حجازي، عبد الفتاح بيومي (2002). **النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية،** دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1.

9. حكيم، عبد المجيد (1998). **مصادر الالتزام،** ط5، بغداد.

10. داود، أحمد محمد علي (2012). **أحكام العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني،** دار الثقافة، عمان، ط1، الإصدار الثاني.

11. دودين، بشار (2006). **الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت،** دار الثقافة، عمان، ط1.

12. الدوري، سعد (2010). **وسائل الاتصال الحديثة،** بغداد، دون طبعة.

13. رشدي، محمد السعيد (2005). **التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات،** دون دار نشر ولا مكان نشر، دون طبعة.

14. الزعبي، عوض (2011). **أصول المحاكمات المدنية الأردني،** دار إثراء للنشر في الأردن ومكتبة الجامعة بالشارقة، ط1، الإصدار الثاني.

15. زكي، محمود جمال الدين (1997). **الوجيز في النظرية العامة للالتزامات،** القاهرة، دون دار نشر، ودون طبعة.

16. سلطان، أنور (1987). **مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،** منشورات الجامعة الأردنية، ط1.

17. السنباطي، إيهاب (2011). **الموسوعة القانونية للتجارة الإ لكترونية،** دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1.

18. السنهوري، عبد الرزاق (1934). **نظرية العقد، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات،** منشورات محمد الداية، بيروت، ط1.

19. السنهوري، عبد الرزاق (2004). **مصادر الحق،** الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.

20. السيد، محمود (2011). **الإنترنت وبعض الجوانب القانونية،** دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

21. الصدة، عبد المنعم فرج (1979). **مصادر الالتزام،** دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

22. الصيرفي، فهمي (2005). **موسوعة جوالك المحترف،** دمشق، دون دار نشر.

23. العبودي، عباس (1997). **التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات،** دار الثقافة، عمان، ط1.

24. العبودي، عباس (2002). **الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني،** دار الثقافة، عمان، دون طبعة.

25. عبد الرحمن، حمدي (1999). **الوسيط في النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام،** دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

26. عبد الرحمن، حمدي (1999). **الوسيط في النظرية العامة للالتزامات،** الكتاب الأول، مصادر الالتزام، العقد – الإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

27. العبيدي، علي هادي (2009). **العقود المسماة،** دار الثقافة، عمان، ط 1، الإصدار الثالث.

28. العجارمة، مصطفى موسى (2012). **التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت**، دار الكتب القانونية، القاهرة، ط1.

29. عرب، يونس (2003–2004). **قانون تقنية المعلومات والتجارة الإ لكترونية**، إعداد نقابة المحامين الأردنيين، عمان، ط1.

30. العنزي، زياد خليف (2010). **المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية**، دار وائل، عمان، ط1.

31. العنزي، زياد خليف (2010). **المعاملات الإلكترونية والقانون الدولي الخاص**، دار وائل، عمان، ط1.

32. عيد، إدوارد (2004). **قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، دون طبعة.

33. فرج، توفيق حسن (1979). **عقد البيع والمقايضة**، مؤسسة الثقافة الجامعية، بيروت.

34. القضاة، مفلح (1994). **البينات في المواد المدنية والتجارية – دراسة مقارنة**، جمعية عمال المطابع الأردنية، عمان، ط1.

35. الكشموشي، حسين والنوبي، سعيد (2009). **نظم الاتصالات اللاسلكية الخلوية للمتنقلات**، دار الراتب الجامعية، بيروت، ط1.

36. المصري، محمد وليد (2002). **الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص – دراسة مقارنة مع القانون الأردني والتشريعات العربية والقانون الفرنسي**، مكتبة الجامعة للنشر، عمان، ط1.

37. المطالقة، محمد فواز (2009). **الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية،** دار الثقافة، عمان، ط1.

38. منصور، أنيس (2011). **شرح أحكام قانون البينات الأردني وفقاً لآخر التعديلات،** إثراء للنشر والتوزيع بالأردن، ومكتبة الجامعة بالشارقة، ط1.

39. المنصور، محمد حسين (2003). **المسؤولية الإلكترونية،** دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

40. المومني، عمر حسن (2003). **التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية،** دار وائل، عمان، ط1.

41. ميشيل، طوني عيسى (2001). **التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت،** المنشورات الحقوقية، لبنان، ط1.

42. النداوي، آدم وهيب (2008). **دور الحاكم المدني في الإثبات،** دار النهضة العربية، القاهرة، ط1.

43. الهداوي، حسن (2005). **القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين في القانون الأردني دراسة مقارنة،** ط1، الإصدار الثالث.

ثالثاً: الرسائل والأبحاث والمقالات العلمية:

1. أبو حلو، حلو (2006). **بعض الجوانب القانونية لرسالة البيانات الإلكترونية – دراسة مقارنة،** مجلة أبحاث اليرموك، المجلد 22، العدد 1، آذار.

2. حمارنة، رياض وليد (2008). **عقد البيع الإلكتروني،** رسالة ماجستير، جامعة النجاح

الوطينة، فلسطين.

3. الصرايرة، منصور (2008). **التعاقد بطريق الحاسوب،** مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، تصدر عن جامعة مؤتة، الأردن، المجلد الثالث والعشرون، العدد الخامس.

4. الصرايرة، منصور (2009). الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية – دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد 25، العدد 2.

5. عبابنة، علاء الدين، وأبو نصير، مالك حمد (2010). **زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في القانون الأردني،** المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، العدد الثالث، المجلد الثالث.

6. عبابنة، علاء الدين، والدويري، خالد محمد (2009). **خصوصية الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني،** المجلة الأردنية، في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد الأول، العدد الأول.

7. عبد الدائم، أحمد راتب (2011). العقد الإلكتروني، مجلة جامعة حلب للبحوث القانونية، المجلد الثامن عشر، العدد الثاني.

8. الفولي، حسن محمد (1999). **الألفاظ الأجنبية في التشريعات المصرية،** مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة 24، العدد الثاني، جامعة عين شمس.

9. القضاة، فياض ملفي (2009). الجوانب القانونية للتعاقد والدفع الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، جامعة مؤتة، المجلد 1، العدد 3.

10. كيفن أوبرايت (2008). **التقنية الجديدة باتت بين أيدي الكثيرين،** مقال منشور في جريدة الشرق الأوسط، العدد 10754، الخميس 8 مايو.

11. المحاسنة، نسرين (2004). انعقاد العقد الإلكتروني – دراسة مقارنة، مجلة دراسات الجامعة الأردنية، المجلد 31، العدد الثاني.

12. مطلق، مراد محمود يوسف (2007). **التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني،** رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس.

13. المنصور، أنيس والشرايري، قيس (2007). الاحتجاج بالمرسلات التجارية الإلكترونية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد 22، العدد 2.

نصير، يزيد أنيس (2003). **التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن،** مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع.

رابعاً: الأحكام القضائية:

1. أحكام محكمة التمييز الأردنية ذات الصلة بموضوعات الدراسة، موثقة في حواشي الدراسة.

خامساً: التشريعات:

1. الدستور الأردني لسنة 1952م وتعديلاته لسنة 2011م.

2. القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976م.

3. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001م.

4. قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952م وتعديلاته.

5. قانون الاتصالات الأردني رقم (13) لسنة 1995م.

6. قانون الأوراق المالية الأردني المؤقت رقم (76) لسنة 2002م.

7. قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم (24) لسنة 1988م وتعديلاته.

8. قانون محاكم الصلح الأردنية رقم (15) لسنة 1952م وتعديلاته.

9. نظام الهاتف الأردني رقم (61) لسنة 1992م.

10. نظام التلفونات السعودي رقم (52) لسنة 1353هـ.

سادساً: المراجع الأجنبية:

1. Alain, Benabent (1999). **Internet et le droit,** Aspects juridiques du commerce ele ctronique.

2. Maureen Taylor (2009). **Internet changing way International Business is Done,** laat the internet, Maxwell, London.

3. Joulie, Anne – Hortense (1999). **Commercial Transactions on the Internet,** Mcgill University Canada, published in line.

4. Dr. Najib A. Kafahi and Other (2008). **Performance Evaluation of three encryption decryption algorithus,** paper prepare to the 46th IEEE, International midaest synposinman circuits and system, Cairo Egypt, 27th 30th, December.

5. Jacoues Ghestin (1996). **Traite de droit civil,** la formation da contrat, 3rd DEITA.

6. Olivier Iteanu (2009). **Internet et le droit,** Aspects juridiques du commerce electronique.

7. Chissick M. Kelman A. (2002). **Electronic Commerce,** Law and Practice, 3[rd], London.